

לקראת התקרבות גלובלית של דיני אכיפת חוזה

מאת

לאון יהודה אנידג'ר*

התפיסה המסורתית של המשפט ההשוואתי של דיני חוזים גורסת כי דיני החוזים של שיטת המשפט האנגלו-אמריקנית והקונטיננטלית נתפסים שונים זה מזה. בעשרות השנים האחרונות, קיימת מחלוקת בין מלומדים שונים בשאלה האם התפיסות הקוטביות של שתי שיטות המשפט בקשר עם דיני חוזים ותרופות אכן מגשימות את עצמן או שמא רב המשותף על המפריד. למאמר זה שתי תכליות עיקריות. התכלית האחת היא תיאורית ומטרתה להציג לראשונה בספרות הישראלית את דיני אכיפת חוזה בשיטת המשפט הקונטיננטלית, האנגלו-אמריקנית ובשיטת משפט מעורבת. במסגרת זו, אני מבקש להראות כי קיימת התקרבות בין עמדתם של הדין הקונטיננטלי והדין האנגלו-אמריקני בכל הקשור לאכיפת חוזה. התקרבות זו באה לידי ביטוי בכך שתרופת האכיפה עשויה להיות הסעד הראשוני בדין האנגלו-אמריקני (בדומה לדין בקונטיננט) וסעד הפיצויים עשוי להיפסק בנסיבות מתאימות גם בדין הקונטיננטלי (בדומה לדין האנגלו-אמריקני). התכלית השנייה היא נורמטיבית בעיקרה והיא מבקשת להראות כי מגמת ההתקרבות בין שתי שיטות המשפט בכל הקשור לדיני אכיפת חוזה היא מופע קונקרטי של התקרבות כללית של שתי שיטות המשפט כפי שנידונה בהרחבה בספרות ההשוואתית. מדובר בתהליך ארוך אשר במסגרתו שיטות המשפט מתרחקות מעמדותיהן המקוטבות ומאמצות בסופו של יום פתרונות דומים לבעיות קונקרטיות. תהליך ההתקרבות יכול לבוא לידי ביטוי באופן אבולוציוני ללא התערבות אדם או באמצעות יד מכוונת המבקשת לאתר פתרונות דומים. פתרונות אלה מונעים משיקולים כלכליים וחברתיים של הקלה במסחר בין מדינות וצמצום עלויות עסקה.

מבוא. א. גדר המחלוקת בקשר עם סוגיית ההתקרבות הגלובלית של דיני אכיפת חוזה. ב. מעמדה של תרופת האכיפה בשיטות משפט קונטיננטליות; 1. מעמדה הראשוני של תרופת האכיפה בדין הקונטיננטלי; פרטי הדינים; (א) הדין בגרמניה; (ב) הדין בצרפת; 2. הנימוקים לעיגונו הראשוני של סעד האכיפה בשיטות משפט קונטיננטליות; 3. סיכום ביניים. ג. **צו לביצוע בעין בשיטות המשפט אנגלי-אמריקניות;** 1. מעמדו המשני של סעד הביצוע בעין בדין האנגלי-אמריקני; פרטי הדינים; (א) המשפט המקובל; (ב) הדין האמריקני; (ג) הדין

* ד"ר למשפטים ומרצה מן החוג בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. מאמר זה מבוסס בחלקו על פרק מעבודת דוקטורט שנכתבה תחת הנחייתו המסורה של פרופ' איל זמיר. תודתי העמוקה לפרופ' זמיר על הערותיו.
מאמר זה עתיד להתפרסם גם בספר **עיונים בתורת החוזה – קובץ מאמרים לכבודה של פרופ' גבריאלה שלו** (בעריכת יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח).

הקנדי; 2. הנימוקים למעמדו המשני של צו לביצוע בעין בשיטות משפט אנגלי-אמריקניות; 3. סיכום ביניים. ד. תרופת האכיפה בשיטות משפט מעורבות (Mixed Legal Systems); 1. כללי; 2. עיצוב מעמדה של תרופת האכיפה לאור שתי שיטות משפט: פרטי הדינים; (א) הדין בסקוטלנד; (ב) הדין בדרום-אפריקה; (ג) הדין בישראל; 3. הנימוקים למעמדה המיוחד של תרופת האכיפה בשיטת המשפט הישראלית; (א) הזהות התרבותית של מעצבי חוק התרופות עובר לאימוצו של החוק ולאחריו; (ב) ירידת הפורמליזם ועליית הערכים ואימוצו של חוק התרופות בשנות השבעים; (ג) חוסר בקיאות בדין הקונטיננטלי מצד שופטי בית המשפט העליון; (ד) סיכום ביניים. ה. אופני ההתקרבות הגלובלית של דיני אכיפת חוזה; 1. התקרבות שיטות משפט קונטיננטליות לפרקטיקה הנוהגת בשיטות משפט אנגלי-אמריקניות; 2. התקרבות שיטות משפט אנגלי-אמריקניות לדין הנוהג בשיטות משפט קונטיננטליות; (א) חוזי מכר מקרקעין; (ב) חוזי מכר מיטלטלין; 3. סיכום ביניים. ו. לקראת התקרבות גלובלית של דיני אכיפת חוזה – המשמעויות הנורמטיביות. סיכום.

מבוא

לפי התפיסה המסורתית הרווחת בספרות המשפט המשווה, דיני החוזים בשיטות המשפט האנגלי-אמריקנית והקונטיננטלית נבדלים מהותית זה מזה.¹ במאמר זה אטען כי בכל הנוגע לסעד העומד לרשות הנפגע מהפרת חוזה – ובפרט תרופת האכיפה והפיצויים – הפערים הפרקטיים בין שתי שיטות המשפט אינם מובהקים. לשם כך יציג המאמר, לראשונה בספרות הישראלית, סקירה השוואתית מקיפה של דיני אכיפת חוזה בשיטות המשפט הקונטיננטליות, האנגלי-אמריקניות וכן בשיטות המשפט הנחשבות "מעורבות" (Mixed Jurisdictions) ובכללן המשפט הישראלי. הסקירה תלמד שניתן לזהות תהליך התקרבות משמעותי בין העמדות המסורתיות – והמנוגדות לכאורה – של הדין הקונטיננטלי מזה והדין האנגלי-אמריקני מזה בכל הקשור למעמדה של תרופת האכיפה. התקרבות זו מתבטאת בכך שתרופת האכיפה – שנתפסה באורח מסורתי כסעד חריג במשפט האנגלי-אמריקני – זוכה בו לעתים למעמד של סעד ראשוני (בדומה לדין בקונטיננט). בה בעת, סעד הפיצויים – שנתפס באורח מסורתי כסעד משני במשפט הקונטיננטלי (בהשוואה לסעד האכיפה) זוכה בו לעתים למעמד של סעד ראשוני (בדומה לדין האנגלי-אמריקני).

בצד הבחינה התיאורית של מארג הדינים, יעמיד המאמר גם טיעון פוזיטיבי. במישור זה אטען כי מגמת ההתקרבות בין שתי שיטות המשפט בכל הקשור לדיני אכיפת חוזה היא מופע קונקרטי, מקרה פרטי, של מגמת התקרבות כללית בין שתי משפחות המשפט האמורות (הקונטיננטלית והאנגלי-אמריקנית). מדובר בתהליך הדרגתי שבמסגרתו שיטות המשפט מתרחקות מעמדותיהן המקוטבות ומאמצות בסופו של דבר פתרונות דומים לבעיות קונקרטיות דומות. תהליך ההתקרבות יכול שיונע על ידי רפורמות מכוונות, ויכול שיהיה תוצר של התפתחות "אבולוציונית" טבעית של הדין. בשני

1 E. Allan Farnsworth, *Comparative Contract Law*, in THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW 899 (Mathias Reiman & Reinhard Zimmerman eds., 2006); JAN M. SMITS, CONTRACT LAW: A COMPARATIVE INTRODUCTION 11 (2014).

המקרים התהליך מונע ומושפע משיקולים כלכליים וחברתיים כדוגמת השיקול של עידוד סחר בינלאומי וצמצום בעלויות עסקה לכל הצדדים הנוגעים בדבר. מבחינה מבנית נחלק הדיון לשישה פרקים. בפרק הראשון תוצג עמדתו המסורתית של המשפט המשווה בסוגיה ותידון המחלוקת הקיימת בספרות בשאלה אם חרף עמדות המוצא השונות שלהן, עשויות שיטות משפט קונטיננטליות להעניק בפועל סעדים דומים לאלה שיעניקו לנפגע מהפרת חוזה שיטות אנגלי-אמריקניות. בפרק השני אציג בהרחבה את דיני אכיפת החוזה בשיטות המשפט הקונטיננטלית, תוך התמקדות במשפט הגרמני ובמשפט הצרפתי. אגב הסקירה, וכתשתית להבנת הדין הנוהג, אעמוד על הנימוקים וההצדקות שניתנו לעיגונו של סעד האכיפה כסעד ראשוני. בפרק השלישי יפורטו דיני אכיפת חוזה בשיטות המשפט האנגלי-אמריקניות, תוך התמקדות בדין הנוהג באנגליה, בארצות הברית ובקנדה, ויפורטו ההצדקות לעיגונה של תרופת האכיפה כסעד משני. בפרק הרביעי יוצגו דיני אכיפת חוזה בשיטת משפט מעורבות. ייבחן הדין החל בסוגיה דנן בסקוטלנד, בדרום-אפריקה ובישראל, ויידונו הגורמים שהובילו לעיגונה של תרופת האכיפה כסעד ראשוני. בפרק החמישי למאמר אני עומד על מגמת ההתקרבות בין שיטות המשפט הקונטיננטליות לבין אלה האנגלי-אמריקניות (ולהפך). טענתי תהיה שהפרקטיקה השיפוטית ומכלול הדינים מלמדים שהפער בין שתי מערכות הדינים אכן אינו גדול כפי שניתן היה אולי לשער. בפרק השישי למאמר אני עומד על המשמעות הנורמטיבית של תהליכי ההתקרבות בין שתי משפחות המשפט ומצביע על ניסיונות מיזוג ביניהם במפעלי חקיקה שונים באירופה ובעולם. בהקשר זה אצביע על היתרונות והחסרונות הטמונים במהלכי האחדה או התקרבות מסוג זה.

א. גדר המחלוקת בקשר עם סוגיית ההתקרבות הגלובלית של דיני אכיפת חוזה

דיני החוזים בשיטות המשפט הקונטיננטליות והאנגלי-אמריקניות עשויים להיבדל אלה מאלה בשני מישורים עיקריים: המישור העיוני והמישור המעשי. במישור העיוני, תאוריות פרשניות של דיני חוזים מבקשות להציע הסבר כוללני להסדרים המשפטיים העיקריים המרכיבים את דיני החוזים.² תאוריות אלה מבקשות להשיב על שתי שאלות עיקריות: ראשית, האם מקור התוקף של ההתחייבות החוזית הוא בהסכמת הצדדים או שהיא מקבלת את תוקפה המשפטי מכוחה הכופה של המדינה (השאלה האנליטית)?; שנית, מהי ההצדקה לתת תוקף משפטי לרצון החופשי של הצדדים להתקשר בחוזה (השאלה הנורמטיבית).³

2 לדיון ראו Stephen A. Smith, *Contract Theory* 3–166 (2004). לדיון כללי נוסף בקשר עם תפקידה של תיאוריה של דיני חוזים, ראו Brian Bix, *Contract Law: Rules, Theory, and Context* 162–147 (2012).

3 ראו Smith, *שם*, בעמ' 41–54. וכן: Jody S. Kraus, *Philosophy of Contract Law*, in *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* 687 (Jules Coleman & Scott J. Shapiro eds., 2002).

לקראת התקרבות גלובלית של דיני אכיפת חוזה

החליט המפר להפר את החוזה והוא מפצה את הנפגע על כל נזקיו, משמע שרווחי ההפרה היו גבוהים מנזקיה, ומכאן שהתועלת שהייתה כרוכה בהפרה עלתה על נזקיה. דוקטרינת ההפרה היעילה מבוססת למעשה על עקרון ההפנמה. כלומר אם מפר חוזה נושא במלוא העלות החברתית הכרוכה במעשה ההפרה, התנהגותו יעילה, ויש לעודדה.

ציטוט מפורסם של השופט אוליבר וונדל הולמס (Holmes) נחשב הבסיס לדוקטרינת ההפרה היעילה. במאמר רב השפעה כתב הולמס כי המשפט אינו אלא הערכה של האופן שבו השופטים יפסקו בעתיד, אולם בשל חוסר קיבעונו של הדין אי אפשר להעריך מה תהיה פסיקתה של מערכת המשפט.⁸ לדידו של הולמס, הדין האנגלי-אמריקני קובע כי מפר חוזה נדרש אך ורק לפצות את הנפגע מהפרת חוזה על נזקיו ולא להעניש את מפר החוזה. לפיכך אין משמעות לסיבות אשר הובילו את מפר החוזה להפר את החוזה. המימרה המצוטטת ביותר מדבריו היא זו: "The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it – and nothing else"⁹ ממשכי דרכו של הולמס טענו כי הפרה אגב תשלום פיצויים לנפגע המותרת רווח בידי המפר היא יעילה, ויותר מכך – רצויה, שכן הנפגע מפוצה על הנזק שנגרם לו, והמפר מתקשר בעסקה טובה יותר המשיאה את הרווחה המצרפית.¹⁰ על פי טענה זו, הפרת חוזה איננה מעשה שלא כדין. המפר זכאי להפר את החוזה אם הוא מפצה את הנפגע על הנזקים שנגרמו לו.¹¹ נימוקים משפטיים שונים לא אפשרו את קליטתה של תאוריית ההפרה היעילה בדין הקונטיננטלי. כך למשל התרופה העיקרית שאותה מעמידים דיני החוזים בקונטיננטל לטובת נפגע מהפרת חוזה היא

- 8 ראו Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457 (1897).
- 9 שם, בעמ' 462. ראו גם Clark A. Remington, *Intentional Interference with Contract and the Doctrine of Efficient Breach. Fine Tuning the Notion of the Contract Breacher as Wrongdoer*, 47 BUFF. L. REV. 645, 647 (1999) ("The law has come to regard the obligation to perform a contract as being generally equivalent to an option to perform or pay damages. Holmes saw the matter this way more than one hundred years ago") כותב Richard Posner בהקשר זה: "The legal duty to keep a promise is merely a prediction that if you don't keep it you'll have to pay for any harm that breaking your promise imposes on the promisee" RICHARD A. POSNER, *THE PROBLEMATICS OF MORAL AND LEGAL THEORY* 207 (1999).
- 10 לביקורת, ראו Joseph M. Perillo, *Misreading Oliver Wendell Holmes on Efficient Breach and Tortious Interference*, 68 FORDHAM L. REV. 1085 (2000) (קריאה נכונה בכתביו האחרים של Holmes מעלה שמעולם לא סבר כי לצד לחוזה יש אופציה בלבד לקיים את החוזה או להפר ולשלם לנפגע פיצויים על נזקיו. ממכתביו עולה כי שלא כדעה המקובלת, Holmes מעולם לא תמך בדוקטרינת ההפרה היעילה).
- 11 ראו Peter Linzer, *On the Amoralism of Contract Remedies-Efficiency, Equity, and the Second Restatement*, 81 COLUM. L. REV. 111, 111 (1981) ("The traditional goal of the law of contract remedies has not been compulsion of the promisor to perform his promise but compensation of the promisee for the loss resulting from breach. 'Willful' breaches have not been distinguished from other breaches, punitive damages have not been awarded for breach of contract, and specific performance has not been granted where compensation in damages is an adequate substitute for the injured party. In general, therefore, a party may find it advantageous to refuse to perform a contract if he will still have a net gain after he has fully compensated the injured party for the resulting loss") לניתוח מוקדם של תורת ההפרה היעילה, ראו Robert L. Birmingham, *Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency*, 24 RUTGERS L. REV. 273 (1970); John H. Barton, *The Economic Basis of Damages for Breach of Contract*, 1 J. LEGAL STUD. 277 (1972).

תרופה האכיפה.¹² סעד עיקרי זה אינו מתיישב עם הסעד הנובע מתאוריית ההפרה היעילה והוא סעד הפיצויים.¹³ לכן, כפי שמציין בסיל מארקסיניס (Markesinis), דוקטרינת ההפרה היעילה לא נידונה כלל בדין הגרמני משום שדין זה מעגן את זכותו הראשונית של הנפגע שהתחייבות החוזית כלפיו תקיים ולא שיפוצה חלף הביצוע החוזי.¹⁴ ההבדל בבררת המחדל בדיני התרופות בגין הפרת חוזה בין שיטת המשפט הקונטיננטלית לזו האנגלי-אמריקנית היא ביטוי מובהק לאופן השונה שבו בוחרות שיטות המשפט להגן על הזכאות החוזית.¹⁵ זאת ועוד, הסדרים משפטיים נוספים בדין הגרמני יכולים להסביר מדוע דוקטרינת ההפרה היעילה לא נקלטה בדין הקונטיננטל. למשל, סעיף 285(1) ל-BGB מאפשר את השבת פרות ההפרה במקרה של התקשרות החייב עם צד שלישי בניגוד לחוזה. אף שסעיף זה עוסק בנסיבות של סיכול, בספרות מקובל לגרוס כי יש להחיל את הסעיף גם כאשר ביצוע החוזה אינו מתאפשר בשל התנהגותו של צד לחוזה.¹⁶ לכן כאשר החייב אינו יכול לקיים את חיוביו החוזיים כיוון שהתקשר עם צד ג, הדין הגרמני מורה כי תחליף האכיפה (הרווחים שהפיק החייב מהתקשרותו עם צד ג) צריכים להיות מועברים לנושה המקורי. הקביעה כי הדין הגרמני מעניק לטובתו של הנושה

- 12 זו העמדה המקובלת במדינות דוגמת יוון, ספרד ואיטליה. ראו Pheobeus Chr. Chistodoulou, *Law of Obligations*, in INTRODUCTION TO GREEK LAW 81 (Konstantinos D. Kerameus & Phaedon J. Koziris eds., 2nd ed. 1993) (“The primary legal remedy for non-performance is a claim to performance in kind”); *Codigo Civil* (Spanish Civil Code) art. 1096 (“[W]hen what should be delivered is a determinate thing, the creditor ... can compel the debtor to perform the delivery ...”); *Codice Civile* (Italian Civil Code) art. 1453 (“In contracts providing for mutual counterperformance, when one of the parties fails to perform his obligation, the other can choose to demand either performance or dissolution of the contract, saving, in any case, compensation for damages”)
- 13 RUDOLF B. SCHESINGER et al., *COMPARATIVE LAW* 739–740 (6th ed. 1998) (“[T]he civilians’ recognition of the obligee’s right to specific performance (so long as performance is not shown to be actually impossible) stands in marked contrast to the common law’s preference for non-specific remedies... The result is that, contrary to common-law notions, a judgment ordering specific performance, i.e., performance in accordance with the terms of the contract, is the normal, primary remedy for nonperformance in most civil-law countries”)
- 14 BASIL S. MARKESINIS, HANNES UNBERATH & ANGUS JOHNSTON, *THE GERMAN LAW OF CONTRACT: A COMPARATIVE TREATISE* 399 (2006) (“[In] German law ... the idea of an ‘efficient’ breach [and] ... the question whether breaching the contract is appropriate does not arise in the first place. After all, the promisee is entitled to enforce the promise specifically”)
- 15 Daniel Hass, Geerte Heslen & Jan Smits, *Introduction*, in *SPECIFIC PERFORMANCE IN CONTRACT LAW: NATIONAL AND OTHER PERSPECTIVE* 1, 2 (Jan Smits, Daniel Hass & Geerte Heslen eds., 2008) (“The action for specific performance is usually seen as a famous example of divergence between the civil law and the common law. Whereas the action is readily available in continental European jurisdictions and viewed as primary remedy of a contractual party, it is traditionally seen as a secondary action in English law: as an equitable remedy, it is only available if damages do not provide adequate relief”)
- 16 FRANCESCO GIGLIO, *THE FOUNDATIONS OF RESTITUTIONS FOR WRONGS* 93–99 (2007); Mathias Siems, *Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis*, 7 *EDINBURGH L. REV* 27, 36–37 (2003); Tobias Helms, *Disgorgement of Profits in German Law*, in *DISGORGEMENT OF PROFITS: GAIN-BASED REMEDIES THROUGHOUT THE WORLD* 219 (Ewoud Hondius & Andre Janssen eds., 2015)

את הסעד של השבת פרות ההפרה אינה מתיישבת עם מסקנתה של דוקטרינת ההפרה היעילה שלפיה יש להעניקן לטובתו של הנושה במקרה של הפרה פיצויי ציפיה בלבד.

בשלהי שנות השמונים טענה מירג'אן דמסקה (Damaska) כי השוואה בין שיטות המשפט לא צריכה להיעשות לפי התפתחותן ההיסטורית אלא לפי השאלה באיזה אופן מעצבי המשפט מסדירים את פעילותן של חברה וכלכלה נתונה, וכיצד הם מאפשרים לפרטים בחברה לעצב את חייהם כראות עיניהם. בהקשר זה טוענת המחברת שיש להבחין בין שיטת משפט המסדירה רק את המבנה הכללי של החברה בנתנה חופש מלא לאזרחים לעצב את חייהם לפי רצונם החופשי, לבין שיטת משפט הסבורה כי יש להסדיר בדקדקנות את פעילותה של החברה בכלל ואת חייהם של האזרחים בפרט.¹⁷ להבחנה זו יש משמעות גם בדיני החוזים ההשוואתיים. התפיסה המשפטית בקונטיננטל בקשר לחוזים באה לידי ביטוי בכך שלהתחייבות חוזית ולהתחייבות מוסרית יש משקל זהה, ותפקידה של המדינה הוא להטיל סנקציה במקרה שבו המתקשר אינו עומד בדיבורו. לעומת זאת התפיסה המקובלת בדין האנגלי-אמריקני היא שלרשויות המשפט תפקיד מצומצם בכל הקשור להתערבות בתוכני החוזה או באכיפתו.¹⁸ בשיטת המשפט האנגלי-אמריקנית נתפס חופש החוזים כחירות להתקשר בחוזים ללא מגבלה כלשהי מצד רשויות המדינה.¹⁹ הבדלים אלו בין שיטות המשפט השונות באים לידי ביטוי גם במסגרת הסעד הראשוני בדיני תרופות בגין הפרת חוזה. הדין הקונטיננטלי קובע כי בררת המחדל בדיני תרופות היא אכיפת החוזה. פירוש הדבר הוא שתרופתו הראשונית של נפגע מהפרת חוזה היא תרופת האכיפה, והזכות לתרופה זו מעוגנת מפורשות בדברי החקיקה השונים. לפיכך בקונטיננטל בתי המשפט רותמים את כוחה הכופה של המדינה לטובת אכיפתם של חוזים בין מתקשרים. לעומת זאת הדין האנגלי-אמריקני נרתע משימוש בכוח הכופה של המדינה לטובת אכיפתם של חוזים, ולכן נמנע מפיתוח אמצעים מנהליים שונים (כפי שהדבר קיים בשיטות משפט קונטיננטליות) לצורך ביצועם של חוזים.²⁰ זו הסיבה מדוע הדין האנגלי-אמריקני קובע כי אין לנפגע מהפרת חוזה זכות ראשונית לקבל את תרופת האכיפה, ולבית המשפט שיקול דעת לפסקה רק במקרים שבהם סעד הפיצויים אינו הולם.²¹ עד עתה הסברתי מדוע התפיסה המסורתית של המשפט ההשוואתי של דיני חוזים גורסת כי

MIRJAN R. DAMASKA, THE FACES OF JUSTICE AND STATE AUTHORITY: A COMPARATIVE APPROACH TO THE LEGAL PROCESS (1986) 17

Robert Bejesky, *The Evolution in and International Convergence of the Doctrine of Specific Performance in Three Types of States*, 13 IND. INT'L & COMP. L. REV. 353 (2003); Mariana Pargendler, *The Role of State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide* (October 6, 2016), available at www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2848886 18

“Common law systems, by contrast, embrace the opposite approach : שם, בעמ' 5 : Pargendler legislatures and courts are less willing both to meddle with the terms of the contract and to offer relief to the aggrieved party if voluntary performance is not forthcoming. Under Ian Macneil's conceptualization of the two dimensions of freedom of contract, the common law favors only a narrow version of it, in the sense of 'freedom from restraint' in making or receiving promises” 19

Pargendler, לעיל ה"ש 18, בעמ' 28-32, 50-54. 20

Ronald J. Scalise JR, *Why No "Efficient Breach" in the Civil Law?: A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract*, 55 AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 721 21
(2007).

דיני החוזים של שיטת המשפט האנגלי-אמריקנית ואלה של הקונטיננטלית נתפסים כשונים אלה מאלה.

בעשרות השנים האחרונות שוררת מחלוקת בין מלומדים שונים בשאלה אם התפיסות הקוטביות של שתי שיטות המשפט בקשר לדיני חוזים ותרופות אכן מגשימות את עצמן או שמא רב המשותף על המפריד. למשל, המלומד גינטר טרייטל (Treitel) טען על דרך אגב לקראת סוף שנות השמונים כי מהתרשמותו קיימת התקרבות בין שיטות המשפט באשר לעיצובם והפעלתם של דיני חוזים בכלל ושל כללי בררת המחדל בדיני תרופות בפרט. לדבריו, "The leading distinction between the systems so far discussed is between civil law systems which in principle recognize specific enforcement, and common law systems which regard the specific enforcement of obligations other than money debts as exceptional and discretionary. In practice the gap between the two approaches is not great as might appear... That is not to say that there are no differences at all between civil and common law systems, but they are less considerable than the starting theories of the two approaches might suggest..."²²

יתר על כן, לפני כמה שנים כתב הלורד הופמן בפסק הדין *Co-operative Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores (Holdings) Ltd.* כי "Specific performance is traditionally regarded in English law as an exceptional remedy. ... By contrast, in countries with legal systems based on civil law, such as France, Germany and Scotland, the plaintiff is prima facie entitled to specific performance. ... In practice, however, there is less difference between common law and civilian systems than these general statements might lead one to suppose. ... I have made no investigation of civilian systems, but a priori I would expect that judges take much the same matters into account in deciding whether specific performance would be inappropriate in a particular case"²³

מנגד, לפני שנים אחדות, טענה סולן רוואן (Rowan) כי עיון מדוקדק בפרטי הדינים באנגליה ובצרפת בלבד מעלה שלא חלה התקרבות כלשהי בין שיטת המשפט האנגלי-אמריקנית לבין זו הקונטיננטלית בקשר לסעדים בגין הפרת חוזה. לדבריה, לטענה שהוצגה לראשונה בספרות בידי טרייטל אין כל בסיס. לדבריה, "It is submitted that the view amongst commentators that there are few differences between the English and French approaches to specific remedies is fundamentally misguided. The description in the preceding paragraphs demonstrates beyond doubt that the regime of specific relief in English law gives inferior protection to the performance interest compared to the law in France. Whilst it is true that there are similarities between England and France in relation to

GUENTER HEINZ TREITEL, REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT: A COMPARATIVE ACCOUNT 71 (1988) 22

Co-operative Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores (Holdings) Ltd., [1998] A.C. 1, 11–12 (HL) 23
 KONRAD ZWIEGERT & HEIN KÖTZ, AN INTRODUCTION TO COMPARATIVE LAW 484 ראו דומה, ו
 STEPHEN SMITH, ATIYAH'S INTRODUCTION TO ; בעמ' 2, 15, לעיל ה"ש, Hass, Heslen & Smits; (1998)
 THE LAW OF CONTRACT 386 (2006) ("legal systems that regard specific performance as a primary remedy (such as France) in practice grant such orders in about the same range of cases as do English courts")

the enforcement of monetary obligations, their respective approaches to non-monetary obligations differ significantly... Upon close analysis, Upon close analysis, English and French specific remedies can be seen to diverge for a multitude of reasons. Historical factors provide a partial explanation. Other reasons include the perception in England that monetary substitution is satisfactory, that specific performance entails supervisory difficulties, and that the sanction of contempt of court for non-compliance is unduly onerous. In France, these considerations hold less significance, and give way to the paramount importance of the binding force of contractual obligations, and the desirability of transactional certainty”²⁴.

יתר על כן, לאחרונה ביקש אנדרו בורואו (Burrows) לבחון אמפירית את השפעתו של הדין בקונטיננטל על פסיקת בית הלורדים ובית המשפט העליון באנגליה בתחום דיני החיובים. לטענתו, אם אכן קיימת התקרבות בין דיני החוזים בקונטיננטל לדיני החוזים במשפט המקובל, היינו מצפים לראות הסתמכות הולכת וגדלה של שופטים באנגליה על הדין והפסיקה בקונטיננטל. על מנת לבחון זאת סקר המחבר את כל פסיקת בית הלורדים ובית המשפט העליון באנגליה בשנים 1989–2014 בתחומי החוזים, הנזיקין ועשיית עושר ולא במשפט. ככל שמדובר בתחום החוזים, מצא המחבר כי רק בקרוב ל-10% מפסקי הדין שהוא סקר הסתמכו שופטי בית הלורדים ובית המשפט העליון באנגליה על הדין הקיים בקונטיננטל, ואילו במרבית המקרים (54%) הסתמכו השופטים על הדין הקיים במדינות משפט מקובל אחרות, כגון אוסטרליה, קנדה, ניו זילנד וארצות הברית. לפיכך מסכם המחבר את ממצאיו בקבעו כי “It follows that it is a myth to think that the focus of attention in comparative law in our highest court has shifted, or is shifting, from common law jurisdictions to the civil law. Certainly English law cannot now be understood without the supranational law comprising European law and the law of the ECHR. Beyond that, the main focus of our highest court is on the law of obligations”²⁵.

in Australia, Canada, New Zealand and the United States, not on Germany and France”²⁵. במאמר זה ארצה להראות כי קביעתה הנחרצת של רוואן מוטלת בספק רב. עיון בפרטי הדינים של מדינות נוספות בשיטות המשפט הקונטיננטליות והאנגלי-אמריקניות כאחד ועיון בהתפתחויות שהתחוללו בדין הצרפתי לאחר פרסום ספרה של רוואן מצביעים על התקרבות חשובה של שתי שיטות המשפט זו לזו בכל הקשור לאופן ההסדרה של דיני תרופות בגין הפרת חוזה. למשל, רוואן מקדישה בספרה דיון נרחב להגנה הבלתי מתפשרת של הדין הצרפתי על הזכאות החוזית ומסיקה מכך שדין זה מעניק לזכות החוזית הגנה רחבה מזו שמעניק הדין האנגלי.²⁶ דא עקא, שהתפתחויות חקיקתיות מהעת

24 SOLENE ROWAN, REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT: A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE A. Ogus, *Remedies, English Report*, לדעה דומה, ראו, PROTECTION OF PERFORMANCE 53–54 (2012) in CONTRACT LAW TODAY – ANGLO-FRENCH COMPARISONS 243, 259 (Donald Harris & Dennis Tallon eds., 1989); L. Miller, *Specific Performance in the Common Law and Civil Law, Some Lessons for Harmonisation*, in RE-EXAMINING CONTRACT AND UNJUST ENRICHMENT: ANGLO-CANADIAN PERSPECTIVES 281, 301 (Paula Giliker ed., 2007).
25 Andrew Burrows, *The Influence of Comparative Law on English Law of Obligations*, in THE COMMON LAW OF OBLIGATIONS: DIVERGENCE AND UNITY 15 (Andrew Robertson & Michael Tilbury eds., 2016).
26 ROWAN, לעיל ה"ש 24, בעמ' 38–56.

האחרונה מלמדות כי הדין הצרפתי מבקש למתן את הדבקות המסורתית שלו בתרופת האכיפה כסעד העיקרי בדיני חוזים ומעוניין לאפשר פסיקת פיצויים במקרים שבהם אכיפה כרוכה בהטלת מעמסה לא סבירה על החייב ביחס לאינטרס הנושה בקיום החוזה. זאת ועוד, ריבוי נמנעת מלייחס משקל כלשהו למחקרים אמפיריים המראים שבשיטת המשפט הקונטיננטלית סעד האכיפה אינו נתבע או נפסק לעתים קרובות בערכאות משפטיות. ולבסוף, המחברת אינה מעניקה משקל מתאים לעובדה כי בדין האנגלי-אמריקני אפשר שסעד האכיפה ייפסק במגזר רחב מאוד של סכסוכים חוזיים דוגמת חוזי מכר מקרקעין וחוזי מכר מיטלטלין. לפיכך, בפרקים השני והשלישי שלהלן אני מבקש להראות את האופן שבו קיימת התקרבות פרקטית בין עמדתו של הדין הקונטיננטלי לדין האנגלי-אמריקני בכל הקשור להסדרתו של סעד האכיפה בגין הפרת חוזה. הטיעון התיאורי המוצג בפרקים אלה יכול לשמש תנאי דמסייעא לאותם מלומדים שגרסו (אגב אורחא) שיש התקרבות ניכרת בין שתי שיטות המשפט.

ב. מעמדה של תרופת האכיפה בשיטות משפט קונטיננטליות

1. מעמדה הראשוני של תרופת האכיפה בדין הקונטיננטלי: פרטי הדינים

(א) הדין בגרמניה

הדין הגרמני מכיר באכיפה כתרופה הראשונית בגין אי-קיום החיוב החוזי (סעיף 241 ל-BGB). לצד זאת קיימות נסיבות חריגות שבהן הדין מאפשר את ביטול החוזה (סעיף 314 ל-BGB) ופיצויים בגין הפרת החוזה (סעיף 249 ל-BGB). שלושה סוגים של אי-קיום החיוב החוזי מוכרים בדין הגרמני:²⁷ האחד, החייב אינו מקיים את החיוב החוזי במועד אף כי יש בכוחו לקיים את החוזה (סעיף 280 II ל-BGB); השני, החייב אינו מקיים את החיוב החוזי משום שהוא אינו מסוגל לקיימו – ביצוע החיוב החוזי הוא בלתי אפשרי (סעיף 275 ל-BGB); השלישי, החייב מקיים את החיוב החוזי אך מפר חובת זהירות כלפי הנושה וגורם לו נזק כלשהו, לדוגמה בעת שהחייב ניסה לבצע את החיוב החוזי הוא גרם פגיעה פיזית או כלכלית לנושה (Schutzpflichten). טרם חקיקת חוק המודרניזציה של דיני חיובים בגרמניה בשנת 2002 הייתה מקובלת בדין הגרמני קטגוריה נוספת של אי-קיום החיוב החוזי המכונה "הפרה פוזיטיבית" (Vertagsverletzung). דוקטרינה זו, פרי הפסיקה, קובעת כי הנושה רשאי לטעון לאי-קיום החיוב החוזי גם כאשר החייב קיים את החוזה לא בשלמותו או כאשר הפר חיובים משניים בחוזה. לאחר הרפורמה בדיני החיובים בגרמניה הוטמעה דוקטרינה זו במסגרת סעיף 28 II ל-BGB,

27 ראו Andreas Heldrich & Gebhard M Rehm, *Modernisation of the German Law of Obligations: Harmonisation of Civil Law and Common Law in the Recent Reform of the German Civil Code*, in *COMPARATIVE REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT* 123 (Nili Cohen & Ewan McKendrick eds., 2005); Dagmar Coester-Waltjen, *The New Approach to Breach of Contract in German Law*, in *COMPARATIVE REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT* 135 (Nili Cohen & Ewan McKendrick eds., 2005), בעמ' 392–418.

לקראת התקרבות גלובלית של דיני אכיפת חוזה

המאפשר לנושה לזכות בפיצויי ציפיה חלף אכיפת חוזה כאשר החייב לא קיים את התחייבויותיו הראשוניות או המשניות בחוזה.²⁸

גם אם אכן החייב אינו מקיים את החיוב החוזי, אין פירוש הדבר, על פי הדין הגרמני, כי תוטל עליו אחריות בגין הפרת חוזה. אם אכן הופר החוזה, רשאי הנושה לדרוש את אכיפת החוזה. אולם במסגרת זו רשאי החייב להוכיח כי לא היה ביכולתו לקיים את החוזה. במקרה כזה החייב יהיה משוחרר מלקיים את החוזה ללא קשר לשאלה אם החייב עצמו היה אחראי להיעדר האפשרות לקיים את החוזה (סעיף III-275I ל-BGB). פירוש הדבר הוא שעצם אי-קיום החיוב החוזי אינו משמיע בעת ובעונה אחת הטלת אחריות בגין אי-הקיום. עם זאת אין פירוש הדבר שהנושה לא זכאי לתרופות אחרות בגין הפרת חוזה. במקרה כזה רשאי הנושה לדרוש את ביטול החוזה ותשלום פיצויי ציפיה (סעיף 326 ל-BGB). כאמור לעיל, כאשר אין אפשרות לקיים את החוזה, החייב משוחרר מביצוע החוזה. סעיף 275I ל-BGB קובע כי החייב משוחרר מביצוע החוזה בין שהיעדר האפשרות לקיים את החוזה נוצרה לפני כריתת החוזה או לאחריה, גם אם היעדר האפשרות מקורו במעשי החייב, ובין שמדובר בהיעדר אפשרות אובייקטיבי או סובייקטיבי. בהקשר זה הביאה הפסיקה הגרמנית כמה דוגמאות להיעדר אפשרות לקיים את החוזה, כגון משכיר התחייב להשכיר דירה, אך קודם מסירתה נשרפה הדירה;²⁹ אדם התחייב למכור לאחר את מכונתו, אך טרם מסירתה נהרסה המכונה לחלוטין בעקבות תאונה;³⁰ אדם התחייב להופיע במופע זמר לקהל הרחב, אך קודם למועד ההופעה הלך לעולמו.³¹ דוגמאות נוספות להיעדר אפשרות לקיים את החוזה הן כאשר קיום החוזה מנוגד לחוק, לדוגמה חוזה ייבוא או ייצוא אשר אי אפשר לבצעו מחמת איסור מסחר בין-לאומי עם מדינה מסוימת,³² מכירת קרקע שטרם בוצעה בשל הפקעת הקרקע טרם מסירתה.³³

סעיף 275II ל-BGB עוסק בשאלה באילו נסיבות יהיה ניתן לקבוע כי החייב יהיה מופטר מקיום החוזה בשל היעדר אפשרות לקיימו. סעיף זה קובע כי כאשר החייב נדרש לשאת במאמצים לכליית לא סבירים בעליל לצורך ביצוע החוזה מצדו, יהיה החייב מופטר מקיום החוזה בגין היעדר אפשרות לקיימו (היעדר אפשרות פרקטית לקיים את החוזה).³⁴ הדוגמה המקובלת בספרות הגרמנית לכך היא

28 להרחבה, ראו JOACHIM ZEKOLL & MATTHIAS REIMAN, INTRODUCTION TO GERMAN LAW 193–194 (2005).

29 Florian Faust & Volkar Wiese, *Specific Performance – A German Perspective*, in SPECIFIC PERFORMANCE IN CONTRACT LAW: NATIONAL AND OTHER PERSPECTIVES 47, 51 (Jan Smits, Daniel Haas, Geerte Hesens eds., 2008).

30 אצל Wiese ו-Faust, *Oberlandesgericht [OLG] (Court of Appeals) Oldenburg*, 4 June 1975, 1975 NJW 1788 שם.

31 אצל Faust ו-Wiese, *Amtsgericht [AG] (Local Court) Mannheim*, 2 October 1990, 1991 NJW 1490 שם.

32 Wiese ו-Faust, *Cf. BGH*, 8 June 1983, 1983 NJW, 2873, 2874 שם, בעמ' 52.

33 Wiese ו-Faust, *Cf. BGH*, 19 September 1995, 1996 DtZ 26 שם.

34 היעדר אפשרות פרקטית לקיים את החוזה קרובה במהותה להיעדר אפשרות כלכלית לקיים את החוזה. על פי החלופה האחרונה, כאשר ביצוע החוזה לאחר כריתתו כרוך בעלויות כלכליות גבוהות במיוחד אשר עלולות להוביל לחדלות פירעונו של החייב, יכול בית המשפט לקבוע כי החייב מופטר מקיום החוזה. בתי המשפט בגרמניה הכירו בכך בעת המשבר הכלכלי שפרץ במדינה, וקיום החוזה בנסיבות הוביל לחדלות פירעונו של החייב. כך קבע בית המשפט הפדרלי בגרמניה בשנת 1921 בשלהי מלחמת העולם הראשונה:

חוזה לממכר טבעת יקרה. לאחר כריתת החוזה וטרם מסירת הטבעת נפלה הטבעת לנהר. ברי כי איתור הטבעת כרוך בהשקעת משאבים כלכליים לא פרופורציונליים לאינטרס הנושה בהעברת הטבעת לידיו, בהתחשב בתוכן החוזה בין הצדדים ובעקרון תום הלב.

סעיף 275III ל-BGB מסדיר קשת של מצבים שבהם החייב אינו מסוגל לקיים את החוזה בשל היעדר אפשרות מוסרית לעשות כן. יודגש כי אמנם קיום החוזה אפשרי, אך לא מצופה מן החייב לבצע את החוזה בנסיבות אלה. הדוגמה המפורסמת המוזכרת בדין הגרמני היא של זמרת אופרה אשר התחייבה לשיר במופע מסוים. ביום המופע התברר כי בנה של הזמרת חלה, והזמרת נדרשת לטפל בבנה מיד. בנסיבות אלה אין לצפות מהזמרת לבצע את החוזה ולשיר במופע. יצוין כי סעיף 275III ל-BGB קובע בהקשר זה כי כאשר היעדר אפשרות מוסרית לקיים את החוזה נבע מהתנהגותו של החייב (כגון הזמרת התרשלה בשמירה על בריאות בנה ובעקבות זאת בנה חלה) עדיין יוכל החייב להיפטר מקיום החוזה, אך יידרש לשלם פיצויים.³⁵ סעיף 275III ל-BGB קובע כי החייב רשאי לסרב לבצע את החוזה כאשר ביצעו צריך שיעשה אישית, וכאשר לא סביר לדרוש זאת מהחייב בהתחשב באינטרס הנושה בביצוע החוזה. כמו כן סעיף 611 ל-BGB קובע כי אי אפשר לאכוף על עובד לבצע אישית חוזה עבודה. הטעם לאיסור זה הוא שאכיפה על עובד לבצע חוזה עבודה כרוכה בפגיעה עמוקה בכבוד האדם שלו, ולכן אין לאפשר אותה.³⁶

דבר החקיקה המסדיר את האופן שבו יוכל הנושה לזכות בתרופת האכיפה הוא הספר השמיני לקוד סדר הדין האזרחי הגרמני (ZPO). נקיטת צעדים לצורך אכיפת החוזה כרוכה בקבלת פסק דין מרשות שיפוטית המורה על אכיפת החוזה. בהקשר זה יש להבחין בין פסק דין המורה לחייב לשלם לנושה סכום כסף (סעיף 803 ל-ZPO) לבין פסק דין המורה לחייב למסור לנושה דבר מה או לבצע פעולה מסוימת או להימנע מביצוע פעולה מסוימת (סעיף 883 ל-ZPO). פסק דין המורה לחייב לשלם לנושה סכום כסף פירושו כי נושה מבקש מבית המשפט שיורה לחייב לבצע חיוב כספי כלפיו, לדוגמה: לשלם את מחיר העסקה. לעומת זאת סעיף 883 ל-ZPO מסדיר את האופן שבו אוכפים חיובים שאינם כספיים. כשמדובר בפסק דין המורה לחייב למסור לנושה דבר מה, פסק דין זה נאכף בידי פקיד של בית משפט (Officer of the Court). כאשר ביצוע פסק הדין אינו כרוך בביצוע פעולה מסוימת מצדו של החייב אלא מצדו של אדם שלישי, לדוגמה תיקון מבנה, הרי שפסק הדין המורה על אכיפה יכול

“Not every economic destabilization may justify in itself the unilateral cancellation of a contract, even if specific performance of the contract leads to a heavy pecuniary loss for the party obliged to deliver the goods. Only if specific performance becomes economically impossible, i.e. when the cost of performing the contract in question – be they these costs alone, be they in combination with the costs of performing other contract of a similar type – amount to a full or near economic ruin of the supplier, is there an economic and legal necessity to deny legal protection to the party who tries to impose all the disadvantages of the economic revolution on the other party”
 RG, 7 June 1921, 102 RGZ, 273. לעומת היעדר אפשרות פרקטית, המביא בחשבון את האינטרס של הנושה בקיום החוזה, היעדר אפשרות כלכלית אינו נדרש להביא בחשבון את האינטרס של הנושה בקיום החוזה. לכן גם אם האינטרס של הנושה בקיום החוזה בעינו עומד, עדיין יוכל החייב להיפטר מקיום החוזה כאשר קיום החוזה כרוך בנשיאה בעלויות כלכליות פרוהיבטיות. ראו Wiese ו-Faust, שם, בעמ' 55.

35 MARKESINIS, UNBERATH & JOHNSTON, לעיל ה"ש 14, בעמ' 418.

36 שם, בעמ' 520–527.

לקראת התקרבות גלובלית של דיני אכיפת חוזה

בתוכו חיוב לשלם את ההוצאות הכרוכות בגיוסו של אדם שלישי לצורך ביצוע החוזה. לעומת זאת כאשר נדרשת פעולה מצד החייב עצמו בלבד, הרי שאם לא יבצע את פסק הדין הוא עלול להיות מחויב בקנסות ואף להיאסר (סעיף 888I ל-ZPO). סכום הקנסות המרבי שניתן להטיל על החייב הוא 25,000 אירו כאשר עונש המאסר הוא החלופה האחרונה. סעיף 890I ל-ZPO מסדיר אכיפת פסקי דין המורים לחייב לבצע פעולה מסוימת או להימנע מביצוע פעולה מסוימת. גם במקרה זה רשאי בית המשפט להטיל על חייב קנסות ואף מאסר במקרה שהוא אינו נשמע לפסק הדין. הדרכים השונות לאכיפת חוזה בדין הגרמני מבטאות תמונה מורכבת מזו הידועה לנו מהדין האנגלי-אמריקני ומהדין בישראל.³⁷ מהאמור לעיל עולה כי הן הדינים המהותיים והן הדינים הפרוצדורליים מעגנים את המעמד הראשוני של תרופת האכיפה ואת המעמד המשני בלבד שיש לפיצויי ציפיה בגרמניה.

(ב) הדין בצרפת

בדין הצרפתי עומדת תרופת האכיפה (execution forcee en nature) במרכזם של דיני התרופות.³⁸ סעיף 1184 לקוד האזרחי הצרפתי קובע כי נפגע מהפרת חוזה זכאי לכפות על מפר החוזה את ביצועו כאשר הדבר אפשרי או לדרוש את ביטול החוזה ותשלום פיצויים. במסגרת הספרות הצרפתית אמנם הועלו ספקות באשר לבכירותה של תרופת האכיפה בהתחשב בסעיף 1142 לקוד האזרחי הצרפתי הקובע כי "כל חיוב לבצע פעולה או להימנע מפעולה עשוי להנביע אחריות לתשלום פיצויים במקרה של אי-קיום מצדו של החייב". עם זאת ספקות אלה לא קנו אחיזה בדין הקיים. הפסיקה הצרפתית קבעה כי יש לפרש את סעיף 1142 פירוש צר ומצומצם וכך תחולתו תהיה לאותם מקרים שבהם מדובר בהספקת שירות אישי מצד החייב לנושה.³⁹

בשנים האחרונות הוצעה רפורמת ה-"Catala proposals" (l'avant-projet Catala). רפורמת ה-Catala היא פרי עבודת מחקר של אקדמאים צרפתים אשר ביקשו להנהיג שינויים מרחיקי לכת בדין הפרטי הצרפתי, בין היתר בתחומים האלה: דיני החוזים, דיני הגנת הצרכן, דיני נזיקין ודיני עשיית עושר ולא במשפט.⁴⁰ פרויקט מחקר זה מבקש לתקן הוראות מרכזיות בקוד האזרחי הצרפתי אשר קיימות בדין הצרפתי עוד משנת 1804, ואשר נתפסות בקהילה המשפטית כבלתי רלוונטיות לעת המודרנית.⁴¹ רפורמת ה-Catala חיזקה את מעמדה של תרופת האכיפה בדין הצרפתי.

37 שם, בעמ' 403–406.

38 לדיון בדיני התרופות בצרפת והשוואה של דינים אלה לדין האנגלי, ראו Rowan, לעיל ה"ש 24.

39 Rowan, שם, בעמ' 40–41.

40 Avant-Projet de Reforme du Droit des Obligations (Art 1101 1386 du Code Civil) et du Droit de la Prescription (Art 2234 e 2281 du Code Civil) under the direction of P Catala (22.9.2005). לתרגום הרפורמה המוצעת לאנגלית, ראו www.google.co.il/url?sa=t&rc=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.justice.gouv.fr%2Fart_pix%2Ffrapportcatala0905-anglais.pdf&ei=7QdJVYvFsnIUabrgKgD&usq=AFQjCNEUxWsNCJaWgi91hOm.XMnSHrtCJDg&bvm=bv.92291466,d.bGg

41 לדיון בעיקרי הרפורמה, ראו Cartwright, Stefan, Reforming the French Law of Obligations (John Cartwright, Stefan Vogenauer & Simon Whittaker eds., 2009).

ביום 1 באוקטובר 2016 התחוללה מהפכה בדיני החוזים בצרפת בעקבות אימוץ רפורמה בדיני החיובים המתקנת לראשונה הוראות מרכזיות בקוד סיביל.⁴² במסגרת זו ביקש המחוקק למתן במידה מסוימת את הדבקות הבלתי מתפשרת של הדין הצרפתי בראשוניותה של תרופת האכיפה בדיני חוזים. סעיף 1221 לרפורמה קובע כי הנושה לא יזכה בסעד האכיפה אם ביצוע החוזה בלתי אפשרי, וכאשר יש חוסר פרופורציה מהותי בין העלות שיישא החייב בעקבות קיום החוזה לבין האינטרס של הנושה מביצועו. לכן תביעה לאכיפה עלולה להיכשל אם היא כרוכה בהטלת מעמסה לא סבירה על החייב יחסית לאינטרס הנושה בקיום החוזה ולכך שסעד הפיצויים עשוי להיות מתאים לריפוי הנזק שנגרם. אף שדבר החקיקה אינו מפרט דוגמה לתרחיש שכזה, בספרות נטען כי דוגמה אפשרית למצב דברים שכזה היא מקרה שבו קבלן בנה בית נמוך במעט סנטימטרים מהגובה שהתחייב לו כלפי המזמין. בעבר קבעו בתי המשפט בצרפת כי התביעה לאכיפה יכולה להתקבל, והקבלן יידרש להרוס את הבניין ולבנותו מחדש, אולם נראה כי דבר החקיקה החדש יכול לשלול את זכותו של המזמין לסעד האכיפה, ויהיה עליו להסתפק בסעד הפיצויים העשוי להיחשב להולם בנסיבות העניין.⁴³

בתי המשפט בצרפת קבעו כי בשלושה מקרים בלבד לא תיאכף ההתחייבות החוזית על החייב, והוא יידרש לשלם פיצויי ציפייה חלף ביצוע ההתחייבות: (א) כאשר ביצוע החוזה הוא בלתי אפשרי. בהקשר זה בתי המשפט נטו להדגים זאת במקרה שבו א מכר ל-ב ממכר, אולם טרם העברתו לידי ב מכר את הממכר לידי ג אשר רכשו בתנאי תקנת השוק (תום לב ובתמורה);⁴⁴ (ב) כאשר מדובר בחוזים הכרוכים במתן שירות אישי, לא תיאכף ההתחייבות החוזית כלשונה על החייב. למשל, הפסיקה הצרפתית קבעה כי אין מוטלת חובה על צייר לצייר עבור קונה שרכש תמונה, אלא די בתשלום פיצויים;⁴⁵ (ג) תרופת האכיפה לא תיפסק כאשר מדובר בהצעה חד-צדדית, כאשר לצד השני ניתנת תקופת זמן קצובה לערוך קיבול של ההצעה, לדוגמה: אופצייה לרכישת קרקע (promesse unilaterale de vente), כאשר לאחר הקיבול של ההצעה החד-צדדית מוכר בעל המקרקעין את הקרקע לצד שלישי.⁴⁶

בתי המשפט בצרפת נוהגים לתת צווי אכיפה כתרופה ראשונית בחוזים מיוחדים, כגון חוזי מכר צרכניים, חוזי מכר מקרקעין, חוזי קבלנות וחוזי בנייה.⁴⁷ בצרפת בתי המשפט פוסקים כי על החייב לבצע את החיוב החוזי בתוך תקופת זמן מוגבלת, כאשר במסגרת זו מקובל לקבוע כי על החייב לשלם

42 להוראותיו של דבר החקיקה החדש, ראו הקישור הבא - www.editions-dalloz.fr/livre-blanc-reformedu-droit-des-obligations.

43 Jan M. Smits & Caroline Calomme, *The Reform of the French Law of Obligations: Les Jeux Sont Faits* 8 (Maastricht European Private Law Institute Working Paper 2016-05), available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2845796. נוסף על כך, טוענים המחברים במאמר זה כי הרפורמה שנחקקה לא תקדם את הוודאות המצופה משום שעדיין יש צורך לבחון כיצד בתי המשפט יישמו את תיקוני החקיקה בחיי המעשה. מבלי לבחון את האופן שבו תפעל הפסיקה בעניין מתקבלת תמונה חלקית בלבד בקשר למעמדו של סעד האכיפה בדין הקיים.

44 Lyon 17 Feb 1995, Juris-Data no 1995-049787, ROWAN, לעיל ה"ש 24, בעמ' 41.

45 Civ 14 Mar 1900, D 1900.I.489; Civ 20 Jan 1953, JCP 1953.II.7677, ROWAN, שם.

46 Civ(3) 27 March 2008, RDC 2008 n03 p 734; Civ (3) 15 Dec 1993, D 1994.507, ROWAN, שם.

47 לפירוט הדוגמאות, ראו ROWAN, שם, בעמ' 42-44.

לקראת התקרבות גלובלית של דיני אכיפת חוזה

פיצוי כספי לנושה בגין כל יום עיכוב בביצוע החוזה (astreinte).⁴⁸ תשלום זה נועד לשמש אמצעי לחץ על החייב לבצע את החיוב החוזי מוקדם ככל האפשר.⁴⁹ הפיצוי בגין האיחור בביצוע החוזה גדל מדי יום, ולכן מעטים המתדיינים המעדיפים לשלם את הפיצוי הכספי חלף ביצוע החיוב החוזי. יתר על כן, הדין הצרפתי קובע כי בנסיבות מסוימות יכול הנושה לזכות בצו אכיפה אף טרם סיום ההליכים המשפטיים, כאשר קיימת ודאות מוחלטת בדבר קיומה של ההתחייבות החוזית, ואין מחלוקת באשר לטיבה של הזכאות החוזית (juge des referes). צווי ביניים אלה מקורם בתיקון חקיקה משנת 1985, אשר ביקש ליתן בידי צרכנים אפשרות לקבל סעד מהיר ויעיל נגד ספקים. מאז 1985 נפסקו צווי ביניים אלה אף בהקשרים אחרים החורגים מחוזים צרכניים.⁵⁰

היותה של האכיפה תרופה ראשונית הנפסקת בבתי המשפט בצרפת מתחזקת לנוכח פסיקות הקובעות כי העובדה שהנפגע מהפרת חוזה לא סבל כל נזק מההפרה אינה משליכה על הזכאות לתרופת האכיפה. כמו כן אין משקל לכך שאכיפת החוזה עלולה להביא לחדלות פירעונו של החייב. כמו כן נפסק כי אין משקל להשלכות כלכליות או חברתיות שליליות אשר עשויות להיות לתרופת

GENEVIEVE VINEY & PATRICE JOURDAIN, TRAITÉ DE DROIT CIVIL, LES EFFETS DE LA RESPONSABILITÉ 48 (2010).

49 אחד החידושים הבולטים של פרק התרופות בהצעת חוק דיני ממונות, תשע"א–2011 היא ההוראה הקובעת את סמכות בית המשפט לפסוק "צו מרתיע" במקרה שבו נתן צו אכיפה. ס' 498(א) להצעת החוק קובע: "נתן בית המשפט צו אכיפה, רשאי הוא, אם מצא לנכון, לחייב בצו את המפר לשלם סכום שיקבע בעד כל יום שבו לא יקיים המפר את צו האכיפה (בסעיף זה – צו מרתיע) ורשאי הוא לקבוע כי מועד תחילתו של הצו המרתיע יהיה מאוחר ממועד מתן צו האכיפה". על פי הצעת החוק ודברי ההסבר, הצו המרתיע הוא קנס יומי שבסמכות בית המשפט להטיל על מפר שאינו מקיים את צו האכיפה. עם זאת אין בנוסח הסעיף או בדברי ההסבר קביעה כלשהי באשר לשאלה אם הזכאות לכספי הקנס היא לנפגע או לאוצר המדינה. לדיון כללי ראו יהודה אדר "על הדבש ועל העוקץ – הרהורים על פרק התרופות" **משפט ועסקים** 347, 406–408 (תשס"ו). על אימוצו של הצו המרתיע במסגרת הצעת חוק דיני ממונות הובעה ביקורת בספרות. **ראשית** נטען כי הזרקת ממד עונשי לדיני התרופות בישראל עלולה שלא להתיישב עם ערכים של כבוד האדם וחירותו. כמו כן, נטען כי אימוצה של התרופה החדשה בדין החקוק אפשרי גם מבלי שקיים בסיס אמפירי מוצק לקביעה כי זו תקדם את היעילות ותתמרץ חייבים לבצע את החוזה לפי צו האכיפה. ראו – Nili Cohen, *The Four C's: Coherence, Clarification, Continuity, Change – Remedies for Breach of Contract in Israeli Draft Civil Code, in THE DRAFT CIVIL CODE FOR ISRAEL IN COMPARATIVE PERSPECTIVE* 51, 69 (Kurt Siehr & Reinhard Zimmermann eds., 2008). **שנית**, במישור הכלכלי נטען כי תכליתו של הצו המרתיע היא לשלול את רווחי הפרת צו האכיפה באמצעות הטלת קנס בשווי אותם רווחים. עם זאת נדמה כי אם המטרה היא לשלול את רווחי הפרת צו האכיפה, ניתן לעשות זאת לפי **הלכת אדרס**. לגופו של עניין, ספק אם בית המשפט מסוגל למדוד את כל הרכיבים הדרושים כדי לערוך חישוב שכזה. אסנת יעקובי טענה כי כדי שבית המשפט יהיה מסוגל לערוך חישוב שכזה, עליו לדעת את פרטי המידע האלה: הסכום שנפגע היה מוכן לקבל כדי להסכים להפסקת החוזה מיד; כל מחיר ששולם על חשבון התמורה החוזית; הערך המימוני שהמפר מפיק מדחיית התשלום; משך התקופה עד שהנפגע מתייאש מצו האכיפה. עם זאת הואיל ובית המשפט לא ידע לחשב את הערך המימוני מדחיית התשלום או את משך התקופה עד שהנפגע מתייאש מביצוע צו האכיפה, הרי שלא יעלה בידו לחשב את הקנס האופטימלי אשר ירתיע את המפר מהפרת צו האכיפה. ראו אסנת יעקובי "Game On – על האפקטיביות של צו מרתיע" **משפטים** מד 527, 539–541 (תשע"ד); ד"ר 20/82 **אדרס חומרי בניין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס**, פ"ד מב(1) 221 (1988).

50 Paris 28 Sept 1987, Juris-Data no 1987-026095 (פסיקת צווי ביניים של אכיפה בחוזי שכירות), מצוטט אצל ROWAN, לעיל ה"ש 24, עמ' 45.

האכיפה. לכן כל עוד הנושה מבקש אכיפה, מן הדין כי תרופה זו תינתן על דרך הכלל. למשל, בפרשה שהגיעה לפתחו של בית משפט אזרחי בצרפת נטען כי קבלן הפר חוזה לבניית מבנה בבנותו את המבנה נמוך מהגובה אשר הובטח למזמין. בית המשפט המקומי קבע כי הואיל וגובה המבנה לא היה מתנאיו העיקריים של החוזה והואיל והעובדה כי המבנה ראוי לשמש למגורים, אין להורות לקבלן להרוס את המבנה ולבנותו מחדש לגובה הרצוי. עם זאת בית המשפט לערעורים בצרפת (Cour de cassation) נקט גישה מחמירה וקבע כי מלשוננו של סעיף 1184 לקוד האזרחי הצרפתי נובע כי יש לקיים את החוזה כלשונו אף אם הדבר כרוך בנשיאת עלויות כבדות מצדו של החייב.⁵¹ לפיכך הורה בית המשפט לקבלן להרוס את המבנה ולבנותו מחדש.⁵² בפרשה אחרת נדרש בית המשפט לערעורים למקרה שבו קבלן בנה ברכה ובה שלוש מדרגות במקום ארבע כפי שהובטח בחוזה. בית המשפט דן בשאלה אם יש להורות לקבלן לבנות את המדרגה הרביעית חרף העובדה כי לא נגרם למזמין הברכה נזק כלשהו. בית המשפט קבע כי לאור סעיף 1184 לקוד האזרחי הצרפתי, על הקבלן לתקן את הברכה באופן שיעמוד בחיוב החוזי.⁵³

בכירותה של תרופת האכיפה בדין הצרפתי מודגמת יפה אף במעמדם של צווי עשה ואל תעשה המבקשים להסדיר השלכות נוספות של הפרת החוזה. סעיף 1143 לקוד האזרחי הצרפתי קובע כי נפגע מהפרת חוזה זכאי לדרוש כי דבר אשר נבנה בניגוד לחיוב החוזי ייהרס, וכן הוא זכאי לדרוש צו עשה מבית המשפט אשר ייתן בידיו את הרשות להרוס בעצמו את הדבר שנבנה בניגוד לחוזה, וכל העלויות הכרוכות בכך יושתו על מפר החוזה. אותן הגבלות מצומצמות החלות על זכות האכיפה בדין הצרפתי חלות גם על זכותו של הנושה לדרוש צווי עשה ואל תעשה. בין היתר קובע הדין הצרפתי כי צווים מעין אלה לא יינתנו כאשר הפעולה המתבקשת היא בלתי אפשרית, או שהיא כרוכה בפגיעה עמוקה בחירותו של החייב. לצד צווים אלה יכולים בתי המשפט לקבוע את הפיצוי העונשי (astreinte), שעליו הרחבתי לעיל.

מעמדם החשוב של צווי העשה ואל תעשה, בדומה לתרופת האכיפה, מודגם יפה גם בגישתם של בתי המשפט אשר מכירים בזכות הראשונית של הנושה לדרוש צווים מעין אלה. למשל, בית המשפט לערעורים בצרפת הורה על הריסת חלק ממרכז מסחרי אשר נבנה בתוך כדי הפרת חוזה אף אם משמעות הדבר הייתה הריסה של יותר מתריסר חנויות שפעלו במקום. בית המשפט אף התעלם באותו

51 יצוין כי עם זאת בספרות הצרפתית הובעה ביקורת על תוצאה זו. נטען למשל כי יש לנקוט גישה גמישה יותר שלפיה כאשר עלויות ביצוע החוזה הן גבוהות במידה קיצונית ביחס לאינטרס הנושה בביצוע החוזה, אזי אין להורות על אכיפת חוזה. עוד נטען כי אכיפת חוזה במקרה מעין זה עלולה לעלות לכדי שימוש בזכות שלא בתום לב (abus de droit). ראו Genevieve Viney, *Execution de l'obligation, faculte de remplacement et reparation en nature en droit franeai*, in LES SANCTIONS DE L'INEXECUTION DES OBLIGATION CONTRACTUELLES, ETUDES DE DROIT COMPARE (M. Fontaine and G. Viney eds., 2001).

52 Civ (3) 11 May 2005, RDC 2005.323, מצוטט אצל Rowan, לעיל ה"ש 24, בעמ' 43. יצוין כי בתי משפט בארצות הברית עסקו בשאלה דומה בחוזי כרייה, בנייה ופיתוח שבהם עלתה השאלה אם יש להורות לקבלן להרוס את המבנה שהקים אף אם הדבר כרוך בכובדו כלכלי משוער, וזאת על מנת להביא לקיום החוזה כלשונו. ראו Jacob & Young, Inc v. Kent, 129 N.E 889 (N.Y. 1921).

53 Civ (1) 16 Jan 2007, RDC 2007.719, Civ (3) 17 Jan 1984, RTD civ 1984.711, Rowan, לעיל ה"ש 24, בעמ' 45. בתי המשפט באנגליה נתקלו בשאלה דומה בעניין In Ruxley Electronics and Construction Ltd. v. Forsyth, [1996] AC 344 (HL).

לקראת התקרבות גלובלית של דיני אכיפת חוזה

מקרה מהנזק שייגרם לאותם בעלי חנויות אשר לא היו צד להתדיינות.⁵⁴ נוסף על כך, בתי המשפט בצרפת סירבו להכיר באינטרסים חברתיים או ציבוריים כגורמים אשר עשויים לצמצם את פסיקתם של צווי עשה ואל תעשה. למשל, בית המשפט לערעורים בצרפת הפך את קביעתו של בית משפט מקומי אשר סירב להורות על הריסתה של שכונה אשר נבנתה תוך בתוך כדי הפרת חוזה, אף שכונה זו נבנתה בחלקה מכספי ציבור.⁵⁵ לסיכום, הדין הצרפתי מעניק הגנה רחבה לאינטרס הציפיה של הנושה באמצעות פסיקת צווי אכיפה כתרופה ראשונית בגין הפרת חוזה. שיטת משפט זו סבורה כי הדרך הטובה ביותר לכבד את ציפיותיהם של הצדדים בקשר לקיום החוזה היא באמצעות פסיקת צווי אכיפה ולא באמצעות פסיקת סעד הפיצויים. זו הסיבה שדין זה מכיר באפשרות של פסיקת צווי אכיפה אף כאשר לא נזק לנושה או בנסיבות שבהן אכיפת החוזה כרוכה בהשקעת משאבים רבים מצדו של החייב.

2. הנימוקים לעיגונו הראשוני של סעד האכיפה בשיטות משפט קונטיננטליות

מקובל לגרוס כי מקורם של דיני החיובים במשפט הקונטיננטלי הוא המשפט הרומי. הואיל והתאורטיזציה של דיני חוזים במאה העשרים בקונטיננט אינה מפותחת כלל ועיקר, אימוצה של תרופת האכיפה ככלל בררת המחדל בדיני החיובים בקונטיננט אינו פרי תאוריה חוזית כלשהי אלא נובע בעיקרו משיקולים היסטוריים. הגורם העיקרי לכך הוא הקודיפיקציה של דיני החיובים בקונטיננט. למשל, מעצבי הקודקס הגרמני (BGB) ביקשו לעצב מסגרת חוקית אחת אשר תספק מענה לכל השאלות המשפטיות האפשריות בדיני חיובים מבלי להזיק לתאוריה פילוסופית כלשהי.⁵⁶ בשנת 528 אסף הקיסר יוסטיניאנוס ועמו ועדת יוריסטים בת 10 חברים את כלל חיבוריהם של חכמי המשפט מהתקופה הקלאסית במסגרת "ספר האינסטיטוציות". חלק זה היה אמור לשמש ספר לימוד יסודי, אך במהרה קיבל גם תוקף של חוק.⁵⁷ האינסטיטוציות של יוסטיניאנוס קובעות כי ככלל בתי משפט נדרשים לפסוק לטובתו של התובע את תרופת האכיפה, אך לעתים יכולים לפסוק לטובתו פיצויים. הדין הרומי קובע כי קיימים כמה חיובים שאותם יידרש הנתבע לבצע ולא יוכל לשלם פיצויים חלף ביצוע החיוב המקורי. בין היתר מדובר בחוזים למכר מקרקעין, חוזי שכירות ושאלה וחזקה שמירה.⁵⁸

54 Civ (3) 3 Apr 1996, Bull civ III no 91, מצוטט אצל Rowan, לעיל ה"ש 24, עמ' 47.
55 Civ (3) 18 Mar 1974, Bull civ III no 127, מצוטט אצל Rowan, לעיל ה"ש 24, עמ' 48.
56 ראו Aristides N. Hatzis, *The Anti-Theoretical Nature of Civil Law Contract Scholarship and the Need for an Economic Theory*, 2 COMMENTARIES IN LAW & ECONOMICS 1 (2003).
57 ראו ספרי החוקים של יוסטיניאנוס קיסר (Corpus Juris Civilis) – כרך א: האינסטיטוציות (Institutiones) (שמואל אייזנשטדט עורך, התרפ"ט).
58 ראו Laurens Winkel, *Specific Performance in Roman Law*, in THE RIGHT TO SPECIFIC PERFORMANCE: THE HISTORICAL DEVELOPMENT 9, 9–12 (Harry Dondorp & Jan Hallebeek eds., 2010); Harry Dondorp, *Specific Performance: A Historical Perspective*, in SPECIFIC PERFORMANCE IN CONTRACT LAW: NATIONAL AND OTHER Perspectives 265 (Jan Smits, Daniel Haas & Geerte Hesens eds., 2008); John P. Dawson, *Specific Performance in France and Germany*, 57 MICHIGAN L. REV. 495, 503 (1959).

כלומר, הרקע לאימוצה של תרופת האכיפה כתרופה ראשונית בגין הפרת חוזה בדין בקונטיננט נעוץ בעיקרו בדין הרומי המוקדם, אשר הכיר בתרופה זו כסעד העיקרי העומד לנפגע מהפרת חוזה. סיבות אחדות פורטו בספרות הקונטיננטלית מדוע ראוי להעדיף את סעד האכיפה על פני סעד הפיצויים כסעד ראשוני בדיני תרופות בגין הפרת חוזה. ראשית נטען כי העדיפות שניתנת לתרופת האכיפה נובעת מכך שהתרבות מייחסת ליחסים החוזיים קשר אמיץ, פרי רצונם החופשי של הצדדים (principe de la force obligatoire du contrat). על מנת ליתן ביטוי לאותו קשר אמיץ יש לכבול את הצדדים באמצעות פסיקת צווי אכיפה.⁵⁹ שנית נטען כי הבכירות שאותה מעניק הדין לתרופת האכיפה נשענת על הקביעה כי פיצויי ציפייה הם סעד נחות מתרופת האכיפה. הטעם לכך הוא שפיצויי ציפייה נתפסים כסעד שאינו מגן במלואו על אינטרס הציפייה של הנושה. על דרך הכלל, פיצויי ציפייה ניתנים בשיעור נמוך מאינטרס הציפייה של הנושה, ולכן הדין מבכר את תרופת האכיפה המגנה במלואו על אינטרס הציפייה של הנושה.⁶⁰ שלישית, תרופת האכיפה נתפסת כאמצעי הטוב ביותר להנחלת ודאות ויציבות משפטית בהתקשרויות חוזיות בין הצדדים, ויש בה כדי לקדם את האינטרס הציבורי בקיום חיי מסחר תקינים.⁶¹ רביעית נטען בספרות כי העדפת הדין את תרופת האכיפה על פני סעד הפיצויים קשורה בקשר הדוק לתפיסת תפקידו של השופט במערכת המשפט הקונטיננטלית. נראה כי פסיקת תרופת האכיפה מצמצמת את תפקידו של השופט לאכיפת הקיום החוזה מבלי שיירדש לבחון את תנאי החוזה. סעד הפיצויים עשוי להיות כרוך בהתערבות רבה יותר של השופט בתוכן החוזה. תוצאה זו מבקש הדין למנוע.⁶²

3. סיכום ביניים

בפרק זה פירטתי את ההסדרים העוסקים בדיני אכיפת חוזה בשיטת המשפט הקונטיננטלית. הסדרים אלה מעגנים את ראשוניותה של תרופת האכיפה בדין הקיים וכן את החריגים לזכות ראשונית זו. ראשוניותה של הזכות נעוצה בגורם היסטורי שעניינו הדין הרומי המוקדם אשר קבע כי בגין הפרת חוזה מקרקעין יש לפסוק את תרופת האכיפה. בפרק הבא אעסוק במעמדה המשני של סעד ביצוע בעין בדין האנגלי-אמריקני ובנימוקים שהוצעו בספרות למעמד זה.

59 כך תיאר זאת המלומד Laurent : "The promisor is chained... The chains are not made from iron, but are in the nature of a legal bond. This bond can, however, be compared to iron chains, since it deprives the promisor of his freedom, or diminishes it. Insofar as the promisor is obliged, he is not free, but has abdicated his freedom. He can be compelled by the state to perform" F. LAURENT, ראו ; 50. ROWAN, PRINCIPES DE DROIT CIVIL FRANÇAIS 424 (1878), מצוטט אצל ROWAN, לעיל ה"ש 24, עמ' 50.

60 ראו ROWAN, שם, עמ' 51.
61 כך תיאר זאת המלומד Laurent : "The concern for morality accords with the concern for a working economy. By favouring specific relief, the law contributes to the better respect of the expectations of the contracting parties and the maintenance of trust. ... There is the certainty that the economy, which rests entirely on the notion of obligation, only works efficiently if the promisee obtains performance" ; דבריו של Laurent מצוטטים אצל ROWAN, שם, עמ' 55.

62 Yves-Marie Laithier, *Comparative Reflections on The French Law of Remedies for Breach of Contract*, in COMPARATIVE REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT 103 (Nili Cohen & Ewan McKendrick eds., 2005).

ג. צו לביצוע בעין בשיטות המשפט האנגלי-אמריקניות

1. מעמדו המשני של סעד הביצוע בעין בדין האנגלי-אמריקני: פרטי הדינים

(א) המשפט המקובל

צו לביצוע בעין נתפס בדין האנגלי כסעד מן היושר הנפסק רק במקרים יוצאים מן הכלל שבהם בית המשפט סבור כי פסיקתו נדרשת מטעמים של יושר וצדק.⁶³ כאשר הנושה מבקש כי ייפסק לזכותו צו לביצוע בעין, עליו לעמוד בכמה דרישות. על הנושה להוכיח כי תרופת הפיצויים אינה הולמת בנסיבות העניין (inadequacy of damages).⁶⁴ הדוגמה המפורסמת למקרה שבו ייפסק סעד שכזה היא חוזה למכר מקרקעין. במקרה כזה כל חלקת קרקע נחשבת לממכר ייחודי ואינה ניתנת להחלפה בשוק החופשי.⁶⁵ לעומת זאת כשמדובר בחוזה למכר מיטלטלין, הדעה המקובלת היא כי סעד שכזה יינתן רק במקרים חריגים במיוחד, שכן הפיצויים נחשבים לתרופה הולמת בנסיבות העניין.⁶⁶ עם זאת בתי המשפט באנגליה פסקו צו לביצוע בעין גם כאשר מדובר בחוזה למכר מיטלטלין. כך כאשר מדובר במכר של עבודת אמנות ייחודית, או כאשר מדובר בממכר בעל ייחודיות מסחרית מובהקת.⁶⁷ התפתחות מעניינת בכל הקשור לאפשרות פסיקתו של סעד ביצוע בעין גם בחוזים למכר מיטלטלין מצויה בתיקון משנת 2002 ל-Sale of Goods Act 1979, הקובע בסעיף 48E כי בית המשפט רשאי להגן על זכותו של צרכן לתיקון מוצר או החלפתו באמצעות סעד ביצוע בעין.⁶⁸

הביצוע בעין הוא סעד שביושר אשר ייפסק רק במקרים חריגים שבהם מתחייב הדבר מן הצדק ולפי שיקול דעתו של בית המשפט. גבריאלה שלו ויהודה אדר מסבירים כי "שורשיה של גישה זו נעוצים בהיסטוריה של המשפט האנגלי שבו הסמכות ליתן צווי אכיפה – הן בחוזים והן בנוזיקין – הוכרה רק במסגרת דיני היושר (Equity) ולא במשפט המקובל (Common Law). כתוצאה מכך נתפשה האכיפה כסעד שיוורי הניתן לנפגע כעניין שבחסד והכופף לשיקול דעת שיפוטי רחב – המופעל רק אם

63 ANDREW BURROWS, REMEDIES FOR TORTS AND BREACH OF CONTRACT 512 (2004); GARETH JONES & WILLIAM GOODHART, SPECIFIC PERFORMANCE 1 (1996). על פי הדין האנגלי, לבית המשפט נתון שיקול דעת אם להורות על צו ביצוע בעין כנגד החייב, לדיון, ראו P. De Jersey, *Discretion and Remedies, in* JUSTIFYING PRIVATE LAW REMEDIES 97 (Charles E.F. Rickett ed., 2008).

64 כותב לורד הופמן (Lord Hoffman) בהקשר זה: "Specific performance is traditionally regarded in English law as an exceptional remedy, as opposed to the common law damages to which a successful plaintiff is entitled as of right..." ראו *Co-operative Insurance Society Ltd.*, לעיל ה"ש 23, בעמ' 11 לפסק הדין.

65 *Sudbrook Trading Estate Ltd. v. Eggleton*, [1983] 1 AC 444, 478 (HL) (Lord Diplock).
66 *Societe des Industries Metallurgiques SA v. Bronx Engineering Co. Ltd.*, [1975] 1 Lloyd's Rep 465 (CA) סירב בית המשפט להעניק את תרופת האכיפה והסתפק בקביעת פיצויי ציפייה בלבד אף שהוכח כי הממכר הוא מכונה ייחודית השוקלת יותר מ-220 טון ושווה ל-270 אלף דולר, ולנושה נדרש יותר משנה להשיג תחליף בשוק החופשי, והעיכוב בהשגת תחליף כאמור עלול היה להוביל לנזקים תוצאתיים נוספים.

67 *Falcke v. Gray*, (1859) 4 Drew 651, 658 (מקרה שבו דובר על הפרה של חוזה לממכר מוצרי אמנות סיניים, ובו הוכרה תרופת האכיפה בשל ייחודיותם של חפצי האמנות).

68 לדיון נוסף ראו הטקסט הנלווה לה"ש 164–165 להלן.

הוכיח הנפגע שאין די בפיצויים כדי לעשות עימו צדק. ההבחנה בין תרופות מן הדין (legal remedies) לבין תרופות מן היושר (equitable remedies) קיימת בשיטות האנגלי-אמריקניות עד היום, למרות שמבחינה פורמלית דיונית אוחדו שתי מערכות הדינים כבר במהלך המאה ה-19.⁶⁹ הפסיקה באנגליה הכירה בכמה מקרים שבהם אפשר שסעד זה לא להיפסק לטובתו של הנושה. למשל, הדין האנגלי קובע כי סעד לביצוע בעין לא יינתן כאשר מדובר בחוזה להספקת שירות אישי. הטעם לכך הוא החשש כי חוזים להספקת שירות אישי יהפכו לחוזים שבהם הנושה יכפה על החייב לעבוד עבורו כמעין עבדות מודרנית.⁷⁰ יתר על כן, בתי המשפט הסבירו כי כשמדובר בחוזה להספקת שירות אישי, אי אפשר להשיב על כנם את יחסי האמון וההדדיות אשר היו בבסיס החוזה.⁷¹ כשמדובר בעובד, סעד לביצוע בעין עשוי לגרוע במידה רבה מחירותו האישית. זוהי הסיבה שגם המחוקק באנגליה קבע בסעיף 236 ל-Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act, 1992 כי שום עובד במשק האנגלי לא יידרש לקיים את חוזה העבודה אשר הוא צד לו באמצעות צווי ביצוע מטעם רשות שיפוטית.⁷²

זאת ועוד, סעד לביצוע בעין לא ייפסק לזכותו של הנושה כאשר נדרש פיקוח הדוק מצדו של בית המשפט לוודא שהחייב ממלא אחר הוראות הצו. קביעה זו מבטאת את רתיעתן של הרשויות המשפטיות באנגליה מפני השקעת משאבים, זמן ומאמץ הכרוכים בפיקוח מתמיד לוודא שהחייב ממלא אחר פרטי הצו. דוגמה לכך היא חוזה בנייה, כאשר ביצוע בעין במקרים כאלה עלול לדרוש פיקוח הדוק מצדו של בית המשפט על סדרה רבה של פעולות הנדרשות לצורך השלמת הבנייה.⁷³ פסק הדין המנחה בעניין מגבלת הפיקוח על ביצוע החוזה הוא *In Co-operative Insurance Society Ltd*.⁷⁴ באותו עניין נדרש בית הלורדים לשאלה אם יש להורות על ביצוע בעין של חוזה שכירות של כמה מבנים שבמסגרתו נדרשו השוכרים להפעיל את המקום כמרכז מסחרי במשך כל תקופת השכירות. בית הלורדים קבע כי אין מקום להיעתר לבקשת המשכיר כי החיוב החוזי יקום כלשונו, משום שהדבר יהיה כרוך בפיקוח אינטנסיבי על ידי בית המשפט לוודא שהשוכרים מפעילים את המבנה כמרכז

69 ראו גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – תרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 193, הע"ש 60 (תשס"ט).

70 לפסק הדין המרכזי אשר קבע הלכה זו באנגליה, ראו *Lumley v. Wagner*, [1852] 42 E.R. 687.

71 *R. v. Incorporated Froebel Educational Institute Ex p L*, [1999] ELR 488, 493 (QB).

72 לדיון חשוב בסעיף זה באנגליה, ראו *In Hill v. CA Parsons & Co Ltd.*, [1972] Ch 305 (הכלל בדבר היעדר כפייה של שירות אישי במסגרת חוזה עבודה רוכך במעט, שם נקבע כי כאשר עדין מתקיימים יחסי אמון מובהקים בין הצדדים, אין טעם רב למנוע מתן צו ביצוע בעין. באותו עניין נאלץ המעסיק לסיים את חוזה העבודה בלחץ של ארגון העובדים. נקבע כי בהתחשב בעובדה שיחסי האמון בין הצדדים נמשכים, אין מניעה לתת לתובע צו ביצוע בעין המורה על המשך יחסי העבודה בין הצדדים).

73 בפסיקה הובאו נימוקים נוספים לקביעה כי לא יינתן סעד ביצוע בעין כאשר מדובר בחוזה בנייה. ראשית, נדמה כי תרופת הפיצויים הולמת יותר, שכן מזמין העבודה יכול להתקשר עם קבלן אחר בשוק החופשי לצורך ביצוע הבנייה. שנית, חוזה הבנייה עלול להיות מעורפל כאשר הוא כושל בתיאור עבודת הבנייה בפירוט מספק, ראו *Rainbow Estates Ltd. v. Tokenhold Ltd.*, [1999] Ch. 64, 69 (Lawrence Collins QC).

74 ראו *Co-operative Insurance Society Ltd. v. Williamson Ltd. v. Lukey and Mulholland*, (1931) 45 C.L.R. 282, 297-298 ("...Specific performance is inapplicable when the continued supervision of the Court is necessary in order to ensure the fulfilment of the contract...").

מסחרי בלבד. כמו כן בית הלורדים סבר כי גם הצדדים עצמם יידרשו לשאת בעלויות רבות במקרה שבו ייפסק סעד ביצוע בעין, שכן כל אחד מן הצדדים יכול לפנות לבית המשפט בבקשה שיורה לבצע את החיוב החוזי. על מנת להימנע מהשקעת משאבים מצדם של בית המשפט והמתדיינים בקשר לפיקוח על הביצוע החוזי סבר בית הלורדים כי תרופת הפיצויים הולמת יותר בנסיבות העניין.⁷⁵ עוד נקבע בפסיקה כי בית המשפט לא יורה על ביצוע בעין כאשר ביצוע החוזה יטיל על החייב קשיים מיותרים (Undue hardship). עם זאת על מנת שבית המשפט יסרב להורות על ביצוע חוזה, יש להוכיח כי הקשיים מצדו של החייב הם גדולים במיוחד.⁷⁶ מקובל לומר כי כאשר החייב יאלץ לשאת בהוצאות כלכליות לא סבירות יחסית לתועלת שיפיק הנושה מקיום החוזה, אזי אין להורות על ביצוע חוזה, מהטעם שהדבר כרוך בקשיים מיותרים לחייב.⁷⁷ לסיכום, בדין האנגלי צו לביצוע בעין הוא הסעד ההולם ביותר בחוזי מכר מקרקעין ואף בחוזי מכר מיטלטלין ובדומה לדין בקונטיננט. בהמשך המאמר אסביר מהי המשמעות של הדמיון ומגמת ההתקרבות האמורה בין שתי מערכות הדינים.

(ב) הזין האמריקני

בדומה לדין האנגלי, אף בדין האמריקני ביצוע בעין הוא סעד מן היושר הנפסק רק כאשר תרופות אחרות, כגון פיצויי ציפיה או השבה, אינן מספקות הגנה הולמת לאינטרס הציפיה של הנושה.⁷⁸ בהקשר זה קובע סעיף 359(a) ל-RESTATEMENT (2d) OF CONTRACT כי "Specific performance or an injunctive will not be ordered if damages be adequate to protect the expectation interest of the

75 כותב לורד הופמן כי – "[T]he seriousness of a finding of contempt for the defendant means that – any application to enforce the order is likely to be a heavy and expensive piece of litigation. The possibility of repeated applications over a period of time means that, in comparison with a once-and-for-all inquiry as to damages, the enforcement of the remedy is likely to be expensive in terms of cost to the parties and the resources of the judicial system..." ראו *Co-operative Insurance Society Ltd.*, שם. יצוין כי באותו עניין סבר בית הלורדים כי לא יהא הוגן לדרוש מהחייב להמשיך לקיים את המקום כמרכז מסחרי חרף הפסדים הרבים אשר בהם נשא במשך תקופת השכירות. לשיטת בית הלורדים, בהתחשב בעלויות ההתדיינות הרבות ובהפסדים אשר היו עלולים להיגרם מהמשך קיום המקום כמרכז מסחרי, לא יהיה נכון לפסוק את תרופת האכיפה.

76 ראו *Patel v. Ali*, [1984] Ch 283 (באותו עניין הייתה בריאותה של המוכרת תקינה בעת כריתת החוזה למכירת דירתה והיה לה ילד אחד. ביצוע החוזה התעכב במשך ארבע שנים מסיבות שאינן תלויות בצדדים, וכשהגיע מועד ביצוע החוזה, התגלו נסיבות חדשות. בין היתר התגלו בעיות בריאותיות חמורות אשר גרמו למוכרת קושי רב במיוחד אם תיאלץ לעזוב את דירתה לעומת אכזבה בלבד שתיגרם לקונים מכך שלא יקבלו את הדירה שלה ציפו. לפיכך נקבע כי אין לפסוק לטובת הקונים את הסעד ביצוע בעין).

77 ראו *Tito v. Waddell*, [1977] Ch 106, 325–8 (בית המשפט נמנע מלהורות לחייב להשיב אדמה שבה כרו מחצבים לקדמותה באמצעות שתילת עצים וכיו"ב. הטעם לכך הוא העלות הקיצונית שתוטל על החייב אם יידרש לעשות כן לצד התועלת המינימלית שיפיק הנושה מכך. לפיכך הסתפק בית המשפט בתרופת הפיצויים). כך גם בעניין *Co-operative Insurance Society Ltd.*, לעיל ה"ש 23, נמנע בית המשפט מלהורות לחייב להמשיך לנהל את המבנה כמרכז מסחרי מן הטעם כי מתן צו אכיפה יהיה כרוך בהמשך הפסדים כלכליים שאותם יישא החייב מקיום המקום כמרכז מסחרי.

78 לדעה אחרת הגורסת כי היות התרופות האחרות לא הולמות אינה תנאי מקדים לפסיקתן של תרופות מן היושר ובכלל זה סעד ביצוע בעין, ראו *DOUGLAS LAYCOCK, THE DEATH OF THE IRREPARABLE INJURY*, RULE (1991).

”injured party” פיצויי ציפייה אינם מאפשרים תחליף הולם למושא החוזי, למשל כאשר הנושה מייחס למושא החוזי ערך סובייקטיבי אשר אינו ניתן לכימות מהבחינה האובייקטיבית. כאשר מדובר בחוזה למכר מקרקעין, אין הנושה נדרש להוכיח כי אין תחליף הולם למושא החוזי, או שקיים קושי להוכיח את שווי המקרקעין. הדין האנגלי-אמריקני מעניק הגנה מיוחדת לרוכשים של מקרקעין ומאפשר להם לקבל את הצו לביצוע בעין כאשר החוזה הופר. הטעם לכך הוא שכל מקרקעין באשר הם יכולים להיחשב ייחודיים מבלי שנדרשת הוכחה ישירה לכך מצדו של הנושה.⁷⁹ כשמדובר בחוזי מכר מיטלטלין קובע הקוד המסחרי האחיד (UCC) בסעיף 2-716 כי צו לביצוע בעין בחוזי מכר מיטלטלין ייפסק רק כאשר מושא החוזה הוא ייחודי או בקיומן של “נסיבות אחרות המצדיקות זאת”. שאלה שאבחן בהמשך היא אם מכוח המילים “נסיבות אחרות המצדיקות זאת” יהיה ניתן לפסוק לטובת נפגע צו לביצוע בעין אף באותם מקרים שבהם המיטלטלין אינם נחשבים בהכרח לממכר ייחודי.⁸⁰ לסיכום, ניתן לומר כי ככלל, ובדומה לדין האנגלי, סעד הביצוע בעין יכול להיפסק בדין האמריקני בחוזי מכר מקרקעין, וייתכן שאף בחוזי מכר מיטלטלין. קביעה אחרונה זו מלמדת כי לכל הפחות, כשמדובר בפסיקתם של סעדים בגין הפרתם של חוזים אלו, קיים דמיון רב בין מערכת הדינים האנגלי-אמריקנית למערכת הדינים הקונטיננטלית. בהמשך אדון בהרחבה במשמעויות הנורמטיביות של המגמה האמורה.

(ג) הדין הקנדי

גם בקנדה הדעה המקובלת היא כי סעד לביצוע בעין ייפסק רק במקרים שבהם פיצויי ציפייה אינם הגנה הולמת לאינטרס הציפייה של הנושה.⁸¹ במסגרת זו נקבע בפסיקה כי על בתי המשפט לשקול מחד גיסא את המעמסה שתוטל על החייב אם יידרש לבצע את החוזה, ומאידך גיסא את היתרון שיצמח לנושה מהגנה מלאה יותר על אינטרס הציפייה שלו.⁸² הקביעה כי תרופת הפיצויים אינה מספקת הגנה הולמת בכל הקשור לחוזי מקרקעין מוטלת כיום בספק בדין הקנדי. בעניין *Paramadevan* קבע בית המשפט העליון הקנדי כי צו לביצוע בעין לא יהיה עוד הסעד העיקרי שייפסק לזכותו של רוכש מקרקעין. יש צורך להוכיח כי חלקת המקרקעין אכן נחשבת לייחודית, ושתרופת הפיצויים אינה מספקת מענה הולם לאינטרס הציפייה של הקונה, על מנת שייפסק צו לביצוע בעין.⁸³

79 *Bermont Lakes, LLC v. Rooney*, 980 So. 2d 580, 586 (Fla. Dist. Ct. App. 2008) (“...[M]oney damages are considered an inadequate remedy at law to a purchaser of land because all land is considered unique...”); *United Church of the Med. Ctr. v. Med. Ctr. Comm’n*, 689 F.2d 693, 701 (7th Cir. 1982) (“...It is settled beyond the need for citation.. that a given piece of property is considered to be unique...”); WILLIAM B. B. STOEBOCK & DALE A. WHITMAN, *THE LAW OF PROPERTY* 738 (3rd ed. 2000).

80 ראו הטקסט הנלווה לה”ש 163–160 להלן.

81 ROBERT SHAPE, *INJUNCTIONS AND SPECIFIC PERFORMANCE* 7.1 (2012).

82 *Raymond v. Raymond Estate*, (2011), 201 A.C.W.S. (3d) 1080, 2011 SKCA 58.

83 STEPHEN M. WADDAMS, *THE LAW OF CONTRACT* 506–507 (2010). WADDAMS, *THE LAW OF CONTRACT* 506–507 (2010). O.V. Da Silva, *Case Comment: The Supreme Court of Canada’s Lost Opportunity: Semelhago v. Paramadervan*, 23 QUEEN’S L.J. 475.

לקראת התקרבות גלובלית של דיני אכיפת חוזה

הפסיקה והספרות בקנדה התחבטו בקשר למבחן הייחודיות של הנכס לאחר הלכת *Paramadevan*⁸⁴. בין היתר נטען כי יש להבחין בין אינטרס של אדם מן היישוב הרוכש מקרקעין מאדם אחר לבין אינטרס של אדם או גוף מסחרי הרוכשים מקרקעין לצרכים מסחריים. כלומר, יש להבחין בין האינטרס של צרכן ברכישת מקרקעין לבין האינטרס של גוף מסחרי ברכישת מקרקעין.⁸⁵ עוד נטען כי עיקרו של מבחן הייחודיות צריך לבוא לידי ביטוי בבחינה אם התובע יכול לצמצם את נזקיו (mitigation). אם התובע אינו יכול לרכוש בשוק החופשי תחליף שווה ערך למושא החוזי, ניתן לקבוע כי אין לו אינטרס ייחודי בממכר.⁸⁶ עם זאת נראה כי חרף הלכת *Paramadevan* קיימות פסיקות לא מעטות הקובעות כי בחוזה למכר מקרקעין קיימת הנחה מובהקת כי כל מקרקעין הם ייחודיים, ולכן יש לפסוק צו לביצוע בעין ולא פיצויי ציפיה.⁸⁷ משכך, נטען בפסיקה כי הלכת *Paramadevan* לא ביקשה להחליף את ההנחה בדבר ייחודיותו של כל חלקת מקרקעין בהנחה של היעדר ייחודיות של כל חלקת מקרקעין, אלא היא ביקשה לעודד בחינה עצמאית בדבר מאפייני המקרקעין ויחסו של הרוכש לאותה חלקת מקרקעין.⁸⁸

כשמדובר בחוזים למכר מיטלטלין קובע סעיף 50 ל-*Sale of Goods Act (Ont.)*, כי –

In an action for breach of contract to deliver specific or ascertained goods, the court may, if it thinks fit, direct that the contract be performed specifically, without giving the defendant the option of retaining the goods on payment of damages, and may impose such terms and conditions as to damages, payment of the price, and otherwise, as to the court seems just.

הסעיף הזה מסדיר את תרופת הביצוע בעין בכל הקשור למיטלטלין אשר יוחדו לביצוע החוזה. הסעיף אינו כולל הגדרה למה הם אותם מיטלטלין אשר ניתן לקבוע כי יוחדו לביצוע החוזה. עם זאת הדעת

(1998); N. Siebrasse, *Damages in Lieu of Specific Performance*, 76 CANADIAN BAR REV. 551 (1997).

לניתוח הלכת *Paramadevan* מנקודת המבט של תאוריות של דיני חוזים, ראו Malcolm Lavoie, *Canada's 'Unique' Approach to Specific Performance in Contracts for the Sale of Land: Some Theoretical and Practical Insights*, 12 OXFORD U. COMMONWEALTH L.J. 207 (2012) 84

לאימוץ ההבחנה הזאת, ראו *McNabb v. Smith*, (1981) 30 British Colum. L. Rep. 37, 124 Dominion Law Reports (3d) 547; *McMurry Imperial Enterprises Ltd. v. Brimstone Acquisitions & Asset Management Inc.*, (1997), 210 Alberta Reports 97 (Queen's Bench) 85
המשיכה להכיר באפשרות לפסוק תרופת אכיפה גם כאשר מדובר בגורם מסחרי הרוכש מקרקעין, ראו *Johen E. Dodge Holdings Ltd. v. 8050602 Ontario Ltd.*, (2001), 56 O.R. (3d) 341, 356, 46 למשל (S.C.J) R.P.R (3d) 229 (S.C.J)

Robert Stack, *Trends and Tendencies in The Law of Specific Performance since Semelhago v. Paramadevan*, 6 APPEAL: REVIEW OF CURRENT LAW AND LAW REFORM 60 (2000) 86

Silota v. Soo, (2010) 190 A.C.W.S (3d) 953, 2010 BCSC 886; *Eagles v. Buchman*, (2008), 264 N.S.R. (2d) 55, 847 A.P.R. 55 (S.C) 87

ראו דבריו של השופט לו (Low) על מטרתה של הלכת *Paramadevan*: "to open the door to a critical inquiry as to the nature and function of the property in relation to the prospective purchaser" 88
.904060 Ontario Ltd. v. 529566 Ontario Ltd., (1999), 85 A.C.W.S. (3d) 1195 (Ont. Ct. (Gen. Div))

נותנת כי הכוונה לאותם מיטלטלין אשר ניתן לזהותם לפי האמור בחוזה המכר שנכרת בין הצדדים.⁸⁹ לצד זאת קבעה הפסיקה כי תרופת הביצוע בעין תיפסק בחוזי מיטלטלין, כשהנושה יצליח להוכיח אינטרס ייחודי בממכר, וכאשר פיצויי ציפייה אינם יכולים להגן במלואו על אינטרס זה.⁹⁰ בהקשר זה הפסיקה בוחנת בחינה פרטנית את האינטרס הייחודי שיש לנושה בממכר, וכאשר עולה מהנסיבות כי אינטרס זה אינו ייחודי, יכול בית המשפט לסרב לתת את תרופת הביצוע בעין.⁹¹ עולה אפוא כי לכל הפחות כאשר מדובר בחוזי מכר מקרקעין ומיטלטלין ייחודיים יכולים בתי המשפט בקנדה לפסוק את סעד הביצוע בעין בדומה לדין בקונטיננט. אולם יודגש כי אין להוציא מכלל אפשרות שגם במקרים שבהם אין מדובר בחוזים למכר מקרקעין ייחודיים עשוי הדין הקנדי לאפשר את ביצועם בעין.

2. הנימוקים למעמדו המשני של צו לביצוע בעין בשיטות משפט אנגלי-אמריקניות

הגורם העיקרי למעמדו המשני של צו הביצוע בעין בדין האנגלי-אמריקני נשען על שיקולים היסטוריים. בתי המשפט של המלך (King Courts) לא אכפו ישירות התחייבויות למעט התחייבות לשלם סכום כסף. אך מי שלא זכה לסעד מתאים בערכאה זו היה יכול לפנות לבית משפט מן היושר (Court of Chancery) אשר היה מוסמך לפסוק צווים שונים לפי שיקול דעתו ועל בסיס שיקולים של מוסר והגינות. לפי שיקולים אלה, צו לביצוע בעין לא היה נפסק כאשר סעד הפיצויים עשוי לשמש סעד הולם. פרקטיקה זו נותרה עמדתו של המשפט המקובל גם לאחר שבתי המשפט מן היושר חלפו מן העולם.⁹²

בספרות האנגלי-אמריקנית הועלו כמה טיעונים מדוע ראוי להעדיף את סעד הפיצויים על פני סעד הביצוע בעין כסעד ראשוני. ראשית, הטיעון הליברלי גורס כי כפיית המפר לקיים את החוזה כרוכה במידה מופרזת של פגיעה באוטונומיה שלו, בחירותו ובכבודו. לפיכך, יעדיף הדין לפסוק לטובתו של הנפגע מהפרת חוזה פיצויים בלבד המגנים באותה מידה על אינטרס הקיום שלו.⁹³ שנית, נטען כי פסיקתו של צו לביצוע בעין עלולה להיות בעייתית מנקודת מבטו של בית המשפט. פיקוח הדוק על ביצוע צו שכזה כרוך בעלויות ניכרות המתוספות לאלה הכרוכות בניהול הליך משפטי. כאשר צד לחוזה מסרב למלא אחר צו כאמור, עלול הדבר לפגוע במעמדו של בית המשפט כמי שמסוגל להכריע סופית בסכסוך בין הצדדים. קיים קשר ישיר בין מידת האמון ושיתוף הפעולה בין הצדדים לבין הסיכוי

89 Re Wait, [1927] 1 Ch. 606, 630 (C.A).

90 Symthe v. Thomas, (2007) 71 NSWL 537 (S.C) (בית המשפט הכיר באינטרס ייחודי שיש לנושה בחוזה למכר מטוס מתוצרת ישנה אשר מיועד לאספנים בלבד).

91 יש שטענו כי ס 50 ל- Sale of Goods Act (Ont.) ביקש לזנוח את מבחן הייחודיות של הנכס כתנאי לתרופת הביצוע בעין, ולאמץ תרופה זו כתרופה ראשונית בגין הפרת כל חוזה מיטלטלין. טענה זו לא נתקבלה על דעת הפסיקה בקנדה, ראו ראו SHAPE, לעיל ה"ש 81, פס' 8.330.

92 ראו ROWAN, לעיל ה"ש 24, בעמ' 33.

93 Rosalie Jukier, *Taking Specific Performance Seriously: Trumping Damages as the Presumptive Remedy for Breach of Contract*, in TAKING REMEDIES SERIOUSLY/LES RECOURS ET LES MESURES DE REDRESSEMENT: UNE AFFAIRE SÉRIEUSE 85, 94–97 (Robert J. Sharpe & Kent Roach, eds., 2010).

כי הצו יכובד בידי מפר החוזה. כאשר נדרש אמוץ ושיתוף פעולה רב בין הצדדים המסוכסכים על מנת להביא לקיום החוזה, הסיכוי שהצו שנפסק לא יכובד בידי מפר החוזה רב יותר. יתר על כן, אופן יישום הצו עשוי להיות כרוך במחלוקת בין הצדדים אשר אף היא בתורה עתידה להביא להאמרת העלויות של ההליך המשפטי.⁹⁴ **שלישית**, מקובל לגרוס כי תאוריית ההפרה היעילה היא המונחת בבסיס מעמדו המשני של צו לביצוע בעין בדין האמריקני (ולאו דווקא בדין האנגלי). על פי תאוריה זו, הפרה בתוך כדי תשלום פיצויים לנפגע המותירה רווח בידי המפר היא יעילה, ויותר מכך – רצויה, שכן הנפגע מפצה על הנזק שנגרם לו, והמפר מתקשר בעסקה טובה יותר המשיאה את הרווחה המצרפית. על פי טענה זו, הפרת חוזה איננה מעשה שלא כדין, והמפר יכול להפר את החוזה אם הוא מפצה את הנפגע על הנזקים שנגרמו לו.⁹⁵ הגישה הכלכלית לדיני חוזים סבורה כי פיצויי ציפיה הם הסעד המתאים ביותר לתמרוץ המפר לקיים את החוזה רק כאשר תועלתה גדולה מהעלות הכרוכה בה. הטעם לכך הוא שפיצויי ציפיה גורמים שהמפר מפנים את כל הנזקים שמהם סבל הנפגע בעקבות הפרת החוזה. למפר יש אפוא תמריץ להפר את החוזה רק כאשר הרווחים שהוא יפיק מהפרת החוזה עולים על הנזק שייגרם לנפגע מהפרת החוזה.⁹⁶ יודגש כי הנימוקים שפורטו לעיל הוצגו בספרות כהסברים לעמדתה המוצהרת של שיטת המשפט האנגלי-אמריקנית בקשר למעמדו המשני של סעד ביצוע בעין בדין הקיים. בהמשך אראה כי חרף הנימוקים שהוצגו לעיל עיון בפרטי הדינים (במיוחד אלה של חוזי מכר מקרקעין וחוזי מכר מיטלטלין) מעלה שסעד הביצוע בעין נפסק לעתים קרובות ובדומה לדין בקונטיננט.

3. סיכום ביניים

בפרק זה עמדתי על המעמד המשני של סעד ביצוע בעין בדין האנגלי-אמריקני. בהקשר זה טענתי כי בדין המקובל נתפס צו לביצוע בעין כסעד שביושר הנפסק רק במקרים שבהם הדבר נדרש מטעמי צדק ובנסיבות שבהן סעד הפיצויים עלול להיות לא הולם. מעמדו המשני של סעד זה בדין המקובל הוא תוצאה של גורם היסטורי שעניינו האופן שבו סעד זה נפסק בבתי משפט מן היושר. בפרק הבא אדון במעמדה הראשוני של תרופת האכיפה בשיטות משפט מעורבות ובנימוקים שהובילו לעיגונה האמור בדין הקיים.

Edward Yorio, *In Defense of Money Damages for Breach of Contract*, 82 COLUM. L. REV. 1365 (1982) 94

לניתוח מוקדם של תאוריית ההפרה היעילה, ראו הספרות הנזכרת בהערה 11 לעיל. 95

ראו Avery W. Katz, *Economic Foundations of Contract Law*, in THE PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF CONTRACT LAW 171 (Gregory Klass, George Letsas & Prince Saprai eds., 2014). כמה תאוריות כלכליות נקשרו עם דוקטרינת ההפרה היעילה; ראו למשל Richard R.W. Brooks, *The Efficient Performance Hypothesis*, 116 YALE L. J. 568, 573 (2006); Daniel Markovits & Alan Schwartz, *The Myth of Efficient Breach: New Defenses of The Expectation Interest*, 97 VA. L. REV. 1939 (2011) לטענה כי גם מנקודת מבטה של תאוריית ההפרה היעילה ראוי שצו לביצוע בעין ייפסק כאשר המפר פועל להתקשר בחוזה רווחי יותר חלף ביצוע החוזה המקורי, ראו Maria Bigoni, Stefania Bortolotti, Francesco Parisi & Ariel Porat, *Unbundling Efficient Breach*, 14 J. EMPIRICAL L. STUD. 527 (2017) 96

ד. תרופת האכיפה בשיטות משפט מעורבות (Mixed Legal Systems)

1. כללי

מימים ימימה נוהגת הבחנה בין שיטת משפט קונטיננטלית כדוגמת גרמניה וצרפת לבין שיטת משפט אנגלי-אמריקנית כדוגמת אנגליה, ארצות הברית וקנדה. אולם יש מדינות ששיטת המשפט שלהן מושתתת על תובנות של המשפט הקונטיננטלי (למשל משום שיש בהן קודקס המסדיר את המשפט האזרחי, דבר שמקובל לראות בו בדרך כלל מאפיין של השיטה הקונטיננטלית), ונוסף על כך, בתי המשפט פוסקים לפי אמות מידה של המשפט המקובל. כלומר, בתי המשפט בשיטות מעין אלה שותפים למחוקק שיתוף מלא בפיתוחו של הדין המקובל, מכוח תקדימים.⁹⁷ ברשימת המדינות השייכות לשיטה המעורבת מופיעות מערכות המשפט של קוובק, לואיזיאנה, סקוטלנד, דרום-אפריקה וישראל. אשר לשיטת המשפט הישראלית, זו הושפעה מן הקודיפיקציה ומתוכני חקיקה ופסיקה של השיטה הצרפתית, השיטה האנגלית, השיטה הגרמנית והשיטה האמריקנית (בסדר הכרונולוגי הזה).⁹⁸ נראה שאימצנו מהשיטה הקונטיננטלית את חשיבותו של קודקס אזרחי המסדיר את כל דיני המשפט הפרטי כפי שהדבר בא לידי ביטוי בחקיקה האזרחית החדשה, ומהשיטה האנגלי-אמריקנית אימצנו את מרכזיות תפקידו של השופט ואת עקרון כוחו המחייב של התקדים.⁹⁹

בחלק זה ארצה לדרון באופן שבו שיטות משפט מעורבות מסדירות את מעמדה של תרופת האכיפה. ראשית, דיון זה יבקש להשלים את ההצגה המלאה של האופן שבו תרופת האכיפה מוסדרת בדיון הקיים מבחינה גלובלית. שנית, הואיל ומטרתו של המאמר היא לעמוד על ההתקרבות שבין שיטת המשפט הקונטיננטלית לשיטת המשפט האנגלי-אמריקנית, הרי שהדיון בדיון הנוהג בשיטות משפט מעורבות עשוי להאיר את האופן שבו התקרבות שכזו יכולה לבוא לידי ביטוי קונקרטי על בסיס מחקרי מקרה. במילים אחרות, אילו היו מעוניינים מעצבי המדיניות לתת ביטוי משפטי לתופעת ההתקרבות בין שיטת המשפט הקונטיננטלית לשיטת המשפט האנגלי-אמריקנית, הרי שעיון באופן שבו הוסדרה תרופת האכיפה בשיטות משפט מעורבות יכול להיות מאירת עיניים.

97 ראו מרדכי א' ראבילו ופבלו לרנר "על מקומו של המשפט ההשוואתי בישראל" **מחקרי משפט** כא 89, 94 (תשס"ד-תשס"ה); (תשס"ד-תשס"ה) Vernon Valentine Palmer, *A Description and Comparative Overview, in MIXED JURISDICTION WORLDWIDE: THE THIRD LEGAL FAMILY* 17-80 (Vernon Valentine Palmer ed., 2000)

98 רון חריס "מדוע וכיצד ללמד משפט השוואתי בישראל" **עיוני משפט** כה 443, 457 (תשס"א-תשס"ב) וכן אהרן ברק "שיטת המשפט הישראל – מסורתה ותרבותה" **הפרקליט** מ 197, 209 (תשנ"ב) ("...שיטתנו הושפעה ממשפחת המשפט המקובל, אך אין היא חלק ממנה; בדומה, שיטתנו הושפעה מהמשפחה הרומנו-גרמנית, אך אין היא חלק אף ממנה... ניתן לומר כי משתייכים אנו למשפחה של שיטות שכל אחת מהן מושפעת חלקית ממשפחת המשפט המקובל וחלקית מהמשפחה הרומנו-גרמנית...").

99 ריקרדו בן אוליאל "על השיטה המשפטית הישראלית ועל תפקיד האקדמיה" **משפט וממשל** ד 349, 353 (תשנ"ח).

2. עיצוב מעמדה של תרופת האכיפה לאור שתי שיטות משפט: פרטי הדינים

(א) הדין בסקוטלנד

תרופת האכיפה בדין הסקוטי נחשבת לתרופה הראשונית בגין הפרת חוזה, והיא ביטוי להשפעה הקונטיננטלית על הדין בסקוטלנד.¹⁰⁰ היותה של האכיפה התרופה הראשונית בגין הפרת חוזה בדין הסקוטי מקורו בשיקולים היסטוריים. בזמנים מוקדמים היו צווים (Breive) אשר יצאו מאת המלך והורו לערכאות המשפטיות במדינה לאכוף על אדם פעולה כלשהי. משמעות צווים אלה בתחילה הייתה להורות לערכאה השיפוטית לחייב אדם לשלם חוב כספי (compulsion) ובהמשך לבצע פעולה מסוימת (convntio). שלא כדין הנהוג בערכאות חילונית, הדין הקנוני המוקדם קבע כי ערכאות דתיות נדרשות לאכוף על אדם שבועות ונדריים שקיבל עליו מרצונו החופשי.¹⁰¹ כלומר, הן הדין החילוני והן הדין הדתי המוקדמים בסקוטלנד הדגישו את חשיבותם של צווים שיפוטיים אשר עשויים להגביל את חירותו של הפרט.

פסק הדין בעניין *Retail Parks Investments Ltd.*¹⁰² מבהיר את ההבדל בין הנחת המוצא בדין הסקוטי לבין הנחת המוצא במשפט המקובל. באותו עניין נידונה אכיפתו של חוזה שכירות של חנות במרכז מסחרי. השוכר סירב להמשיך לשכור את החנות מבעלי המרכז המסחרי וביקש להשתחרר מהחוזה כנגד תשלום דמי שכירות מלאים. בית המשפט בסקוטלנד קיבל את בקשתו של בעל המרכז המסחרי לצו אשר יאכוף על השוכר את המשך קשר השכירות בין הצדדים. כזכור, בפסק הדין בעניין *In Co-operative Insurance Society Ltd.* באנגליה, שדן במערכת עובדות דומה, סירב בית הלורדים לפסוק סעד לביצוע בעין.¹⁰³ בפסיקה נקבע כי בית המשפט רשאי לסרב לתת את תרופת האכיפה ברשימה לא סגורה של מקרים, מבלי לחתור תחת שיקול הדעת הרחב שהוא מחזיק בנוגע לפסיקת תרופת האכיפה בדומה לדין האנגלי.¹⁰⁴ כך למשל כאשר אכיפת החוזה אינה אפשרית;¹⁰⁵ כאשר

100 ראו דבריו של לורד ווטסון (Lord Watson): "But in Scotland the breach of a contract for the sale of: a special subject such as landed estate gives the party aggrieved the legal right to sue for implement, and although he may elect to do so, he cannot be compelled to resort to the alternative of an action of damages unless implement is shown to be impossible..." *Stewart v. Kennedy*, (1890) 17 R (HL) 1, 10.

101 R.M. HELMHOLZ, CANON LAW AND THE LAW OF ENGLAND 263 (1987) ("...The Church's general jurisdiction over the sins of laymen gave rise to this litigation. It was a sin to violate one's sworn promise. And the canon law held that one could be obliged, under pain of excommunication, to complete his promise. There was controversy among canonists about whether a simple promise, nudum pactum, gave rise to an action. But a sworn undertaking was always understood to be enforceable by the ecclesiastical censures the Church courts had at their command..."); Alastair Smith, *Specific Implement*, in A HISTORY OF PRIVATE LAW IN SCOTLAND: VOLUME 2: OBLIGATION 195 (Kenneth Reid & Reinhard Zimmermann eds., 2000).

102 *Retail Parks Investments Ltd. v. The Royal Bank of Scotland plc* (No 2), 1996 SC 227.

103 עניין *Co-operative Insurance Society Ltd.*, לעיל ה"ש 23, הטקסט הנלווה לה"ש 74-75.

104 Sieg Eiselen, *Specific Performance and Special Damages*, in EUROPEAN CONTRACT LAW: SCOTS AND SOUTH AFRICAN PERSPECTIVE 249, 262 (Hector L. MacQueen & Reinhard Zimmermann eds., 2006).

105 *Grahame v. Magistrates of Kirkcaldy*, (1882) 9 R 91 (HL).

אכיפת החוזה עלולה להיות מבחינת המפר חוסר צדק בולט לעומת התועלת המעטה לנפגע מאכיפת החוזה (בדומה למשפט המקובל);¹⁰⁶ כאשר הנכס מושא החוזה אינו ייחודי, וקיים תחליף שווה ערך בשוק החופשי (בדומה למשפט האנגלי);¹⁰⁷ כאשר החוזה שבין הצדדים כולל מתן שירות אישי, כגון חוזה נישואים, חוזה עבודה וחוזה שותפות.¹⁰⁸ לסיכום על פי הדין בסקוטלנד, מחד גיסא האכיפה היא התרופה הראשונית בגין הפרת חוזה, ומאידך גיסא בתי המשפט מחזיקים בשיקול דעת נרחב לסרב לפסוק סעד זה.

(ב) הדין בדרום-אפריקה

בדומה לדין הסקוטי, אף בדרום-אפריקה תרופתו הראשונית של נפגע מהפרת חוזה בדין היא תרופת האכיפה.¹⁰⁹ דין זה הכיר באכיפה כתרופה ראשונית כבר בשנת 1882 כחלק מההשפעה הישירה של הדין הרומי-גרמני עליו. בעניין *Cohen*¹¹⁰ קבע בית המשפט כי "by the well-established practice of South Africa, agreeing with Roman-Dutch law, suits for specific performance are matters of daily occurrence"¹¹¹ עם זאת אין מדובר בזכות אבסולוטית. בתי המשפט מחזיקים בשיקול דעת לסרב לתת לנפגע מהפרת חוזה את תרופת האכיפה.¹¹² לפיכך זכאותו של נפגע מהפרת חוזה לתרופת האכיפה מותנית בכך שבית המשפט מצא לנכון לקבוע על פי שיקול דעתו כי זוהי התרופה הראויה ביותר בנסיבות העניין. במסגרת זו בתי המשפט נדרשים לשקול שיקולים פרטיים הנוגעים לנסיבות העניין וכן שיקולים ציבוריים שעיקרם בחינת השאלה אם פסיקת תרופת האכיפה עולה בקנה אחד עם מדיניות ציבורית נאותה וסבירה.¹¹³ לפיכך נדמה כי מדויק יותר לקבוע כי הדין בדרום-אפריקה הוא מעורב, קרי הוא נתון להשפעה הן של הדין הקונטיננטלי והן של הדין האנגלי-אמריקני, שכן חרף ההכרה בזכותו של נפגע מהפרת חוזה לתרופת האכיפה, בתי המשפט בדרום-אפריקה מחזיקים בשיקול דעת

106. *Macarthur v. Lawson*, (1877) 4 R 1134 (HL).

107. *Eiselen*, לעיל ה"ש 104.

108. שם.

109. לדיון בדין בסקוטלנד ובדרום-אפריקה, ראו MIXED LEGAL SYSTEMS IN COMPARATIVE PERSPECTIVE: PROPERTY AND OBLIGATIONS IN SCOTLAND AND SOUTH AFRICA (Reinhard Zimmermann, Daniel Visser & Kenneth Reid eds., 2004).

110. *Cohen v. Shires McHattie & King*, 1 SAR 41 (1882).

111. לדיון, ראו Harry Dondorp, *Decreeing Specific Performance: A Roman-Dutch Legacy*, 16 *FUNDAMINA* 40 (2010).

112. ראו למשל את הדברים האלה הלקוחים מפסק הדין *Benson v. SA Mutual Life Assurance Society*, 186 *FUNDAMINA* 40 (2010). "...It is settled that the grant or refusal of such an order is entirely a matter for the discretion of the court in which the claim is made. That a right to specific performance exists was decided as long ago as 1882 and subsequently reaffirmed in the host of cases, subject only to the qualification that the court has discretion to grant or to refuse an order for performance. This right is the cornerstone of our law relating to specific performance..."

113. לסיכום עמדת הדין הדרום-אפריקאי, ראו *Sieg Eiselen, Specific Performance and Special Damages*, in *EUROPEAN CONTRACT LAW: SCOTS AND SOUTH AFRICAN PERSPECTIVES* 249 (Hector L. MacQueen & Reinhard Zimmermann eds., 2006).

רחב הן לפסוק את תרופת האכיפה והן לסרב לפסוק תרופה זו.¹¹⁴ לפיכך ניתן לראות בדין הקיים בסקוטלנד ובדרום-אפריקה ביטוי קונקרטי למגמת ההתקרבות שבין שיטת המשפט האנגלי-אמריקנית לשיטת המשפט הקונטיננטלית בכל הקשור לדינים המסדירים את סעד האכיפה בגין הפרת חוזה.

(ג) הדין בישראל

לפי סעיף 2 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות), זכאי הנפגע מהפרת חוזה לתרופה של אכיפת החוזה.¹¹⁵ עוד בראשית שנות השבעים, בעניין **צרי חברה פרמצבטי וכימית בע"מ**, עמד השופט זוסמן על עמדתו של הדין הישראלי בכל הקשור למעמדה של תרופת האכיפה. לדבריו, "עם חקיקת חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, עלתה אכיפת חוזה שכמתה כביצועו-בעין ממעמדה הנחות שבדין האנגלי. זכות אכיפה עומדת עכשיו בדרגה שווה עם פסיקת פיצויים, אם לא למעלה מזה, בעוד שעד כה לא הייתה משמשת אלא סעד משני, כשאינן בתשלום דמי נזק כדי לפצות את הצד שנפגע".¹¹⁶ אף המלומדים גבריאלה שלו ויהודה אדר עומדים בספרם החשוב על דיני התרופות על ראשוניותו של סעד האכיפה בדין הישראלי. לדבריהם, "עמדת המשפט הישראלי... מבטאת תמיכה ברורה וחד משמעית בזכות לאכיפה... על פי דברו הברור של המחוקק בסעיפים 2 ו-3 לחוק התרופות, אכיפת חוזה היא זכות מוקנית של הנפגע מהפרת חוזה, ראשונה בין התרופות שקובע החוק. העלאת תרופת האכיפה למעמד של זכות שבדין, סימנה בשעתה תפנית בגישת דין החוזים הישראלי לסוגיית התרופות בגין הפרת חוזה. היא נחזתה אז, ובמידה רבה נחשבת גם כיום, כחידוש חשוב, אולי החשוב ביותר של חוק התרופות".¹¹⁷

לצד בכירותה של תרופת האכיפה בדין הקיים, סייגי האכיפה הם ביטוי להשפעה דומה הן של הדין הקונטיננטלי והן של הדין האנגלי-אמריקני. תוצאה זו נגרמה בשל העובדה כי חוק התרופות נחקק ברוח הצעת החוק בדבר מכר טובין בין-לאומי שנתקבלה בוועידה בין-לאומית בהאג באפריל 1964.¹¹⁸ אמנת האג היא ביטוי לפשרה רעיונית באשר לדיני כריתת חוזה והתרופות בגין הפרת חוזה

114 ראו Gerhard Lubbe, *Contractual Derogation and the Discretion to Refuse an Order for Specific Performance in South African Law*, in SPECIFIC PERFORMANCE IN CONTRACT LAW: NATIONAL AND OTHER PERSPECTIVES 95 (Jan Smits, Daniel Haas & Geerte Hesens eds., 2008)

115 לדיון מפורט בדיני אכיפת חוזה בישראל, ראו שלו ואדר, לעיל ה"ש 69, בעמ' 173-274; דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים ד 101-286 (תשע"א).

116 ראו בג"ץ 254/73 **צרי חברה פרמצבטי וכימית בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד כח(1) 372, 384 (1974). לאמרות דומות של בית המשפט העליון בשנים הסמוכות לאימוצו של חוק התרופות החדש, ראו ע"א 826/75 **חברה לשיווק צמיגים בישראל בע"מ נ' צמד - צמיגים ושירותים בע"מ**, פ"ד ל(3) 831, 833 (1976); ע"א 158/77 **רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק)**, פ"ד לג(2) 281, 292 (1979); ע"א 135/75 91/75 **פרץ נ' ביטון**, פ"ד ל(1) 367, 373 (1975); ע"א 252/76 **עזבון המנוחה עליזה מילר נ' מלון סטפניה**, פ"ד לא(2) 159, 163 (1977); ע"א 846/75 **עוניסון חברה לבניין בע"מ נ' דויטש**, פ"ד ל(2) 398, 404 (1976).

117 שלו ואדר, לעיל ה"ש 69, בעמ' 191.

118 בהקשר זה מדגישה הצעת חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשכ"ט-1969 [הצעות חוק 857, כ"ו באלול תשכ"ט] כי "...הוראות החוק המוצע מבוססות במידה רבה על הצעת החוק בדבר מכר טובין בינלאומי שנתקבלה בוועידה בינלאומית בהאג באפריל 1964, בשינויים המחויבים לפי המציאות הישראלית..." יצוין כי ביום ט"ו בחשוון תש"ס (25.11.1999) עבר בכנסת חוק המכר (מכר טובין בין

בין הדין הקונטיננטלי לדין האנגלי-אמריקני.¹¹⁹ הפשרה הרעיונית בין שתי שיטות המשפט אומצה אפוא בדיני התרופות בישראל.

סייג הנבצרות הקבוע בסעיף 3(1) לחוק התרופות קובע כי לא יינתן צו לאכיפת חוזה או לאכיפת חיוב שבו כאשר "החוזה אינו בר ביצוע". סייג הנבצרות קיים במתכונת דומה גם בדין הקונטיננטלי.¹²⁰ הסייג השני לאכיפת חוזה קבוע בסעיף 3(2) לחוק התרופות, שלפיו תרופת האכיפה תישלל כאשר הדבר יגרום לכפייה על המפר "לעשות או לקבל עבודה אישית או שירות אישי". סייג השירות האישי קיים במתכונת דומה הן בדין האנגלי-אמריקני¹²¹ והן בדין הקונטיננטלי.¹²² הסייג השלישי לאכיפת חוזה קבוע בסעיף 3(3) לחוק התרופות, שלפיו זכות הנפגע לאכיפת חוזה תישלל כאשר "ביצוע צו האכיפה דורש מידה בלתי סבירה של פיקוח מטעם בית המשפט או לשכת ההוצאה לפועל". דומה כי סייג זה הוא ביטוי לדין האנגלי אשר שרר בישראל טרם אימוצו של חוק התרופות. הסייג הרביעי והאחרון לזכות הנושה לאכיפת חוזה קבוע בסעיף 3(4) לחוק התרופות, שלפיו בית המשפט לא יורה על אכיפת חוזה כאשר היא "בלתי צודקת בנסיבות העניין".¹²³ חריג הצדק קרוב (גם אם לא זהה) לחריג המכונה "Undue Hardship" בדין האנגלי, שלפיו יישלל סעד ביצוע בעין כאשר יגרום למפר מצוקה קיצונית. במקרים אלה אכיפת הביצוע נתפסת כלא הוגנת וכזו שאינה הולמת את דיני היושר.¹²⁴

מעמדה הראשוני של תרופת האכיפה מתחזק לנוכח הקביעה בפסיקה שלפיה יש לפרש בצמצום את הסייגים לאכיפת החוזה הקבועים בסעיף 3 לחוק התרופות. למשל: בעניין **למיט אחזקות**¹²⁵ דחה השופט גרוניס (כתוארו אז) את הטענה שהתערעורת יחסי האמון בין הצדדים היא נסיבה המצדיקה את הפעלתו של סייג השירות האישי הקבוע בסעיף 3(2) לחוק התרופות. לטענתו, עצם התערעורת של

לאומי), תש"ס-1999, אשר קולט לתוך המשפט הישראלי את אמנת האו"ם בדבר חוזים למכר טובין בין-לאומי משנת 1980 ("**אמנת וינה**"). החוק נכנס לתוקף ב-5 בפברואר 2000 בנוגע לחוזים שנחתמו לאחר התאריך הזה. חוק זה מבטל את חוק המכר (מכר טובין בין לאומי), תשל"א-1970 ואת חוק המכר (עשיית חוזים למכר טובין בין לאומי), תשל"ח-1978, חוקים שהיו מבוססים על אמנת האג משנת 1967. לדיון בדבר השפעת אמנת וינה על דיני החוזים בישראל, ראו Eyal Zamir, *European Tradition, the Conventions on International Sales and Israeli Contract Law*, in EUROPEAN LEGAL TRADITIONS AND ISRAEL 499 (A.M. Rabello ed., 1994).

119 ראו J. Honnold, *The Uniform Law for the International Sale of Goods: The Hague Convention of* 1964, 30 LAW & CONTEMP. PROBS. 326 (1965). כן ראו J. Barrigan Marcantonio, *Unifying the Law of Impossibility*, 8 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV. 41 (1984) ("... There are various yardsticks for judging the success of a uniform law. The first is the extent to which the law represents a true compromise in approach. Does the new legislation adopt formulations from the wide variety of legal systems represented in its drafting? Such compromise is important because it enables concerned parties (ie. parties to a contract, attorneys and judges) to understand and apply the uniform law...").

120 ראו הטקסט הנלווה לה"ש 27-35 לעיל.

121 ראו הטקסט הנלווה לה"ש 70-72 לעיל.

122 ראו הטקסט הנלווה לה"ש 36 לעיל.

123 לדיון בסייג הצדק בדין הישראלי, ראו נילי כהן "חריג הצדק באכיפת חוזה – מוסר ויעילות כשיקולים של צדק חלוקתי" **עיוני משפט** לג 241 (תש"ע).

124 ראו הטקסט הנלווה לה"ש 76-77 לעיל.

125 רע"א 1516/05 **למיט אחזקות בע"מ נ' אלישר בע"מ** (פורסם בנבו, 22.2.2005).

יחסי אמון בין הצדדים אינה עולה לכדי אותו ממד אישי שבו עוסק סעיף 3(2) לחוק התרופות, אשר קובע כי אין לאכוף חוזה למתן שירות אישי או עבודה אישית. לדידו, מסקנה זו מתבקשת "במיוחד לאור הפרשנות המצמצמת שיש לתת לחריגים לסעד האכיפה, בהיותו הסעד הראשון במעלה שמקנים דיני החוזים בישראל בגין הפרת חוזה".¹²⁶ גישה זו קיבלה לאחרונה משנה תוקף בפסק הדין בעניין **אזימוב**.¹²⁷ באותו עניין נידון חוזה למכירת בית. הקונה הייתה אם חד-הורית המתגוררת בארצות הברית זה עשרות שנים ומגדלת שם את שלושת ילדיה, ובהם בנה הסובל מפיגור שכלי והזקוק להשגחה צמודה. המוכרים, בני הזוג בנימיני, היו אף הם למודי אסונות. בנם הצעיר חלה במחלת נפש, ובנם הבכור נפטר ממחלת הסרטן. בשל כך החליטו המוכרים למכור את דירתם מתוך מחשבה כי שינוי מקום המגורים יסייע להם להתגבר על אבדן בנם הבכור. הקונה התקשרה עם המוכרים בהסכם לרכישת דירת מגורים. לאחר החתימה על החוזה בין הצדדים והעברת כמה תשלומים על פיו, הודיעו המוכרים לקונה על ביטול ההסכם "מטעמים הומניים" ועל נכונותם לפצותה בגין הנזק שנגרם לה. הקונה עמדה על זכותה לאכיפת ההסכם, ולכן הגישה תביעה לבית המשפט המחוזי בדרישה כי ההסכם בין הצדדים יאכף. בית המשפט המחוזי דחה את תביעתה של הקונה לאכיפת ההסכם והורה למוכרים לשלם לה את הפיצוי המוסכם שנקבע בהסכם. בית המשפט ציין כי אין מחלוקת של ממש בין הצדדים על שהמוכרים הפרו את ההסכם, אך קיבל את טענתם כי הסיבה לביטולם את ההסכם הייתה מצבה הנפשי של המוכרת וחוסר יכולתה "להיפרד מזכרו של בנה המנוח האצור בין כתלי הבית". מכאן הערעור.

בית המשפט העליון (מפי השופטת חיות) נדרש להכריע אם בנסיבות העניין חל סייג הצדק הקבוע בסעיף 3(4) לחוק התרופות. השופטת חיות פסקה כי במסגרת זו על בית המשפט להחליט למי מהצדדים ייגרם עול גדול יותר הן במובן המעשי הן במובן המוסרי אם תתקבלנה טענותיו של הצד שכנגד. עם זאת, "בעשותו במלאכת השקילה, חשוב לזכור שהנפגע והמפר אינם ניצבים באותה נקודת מוצא... מאזני הצדק נוטים, על כן, לכתחילה לטובת הנפגע הזכאי לאכיפת החוזה כסעד אשר לו מעמד הבכורה והם יוסיפו וייטו לטובתו אלא אם כן יוכיח המפר כי מתקיימים שיקולים כבדי משקל ההופכים את האכיפה לבלתי צודקת בנסיבות העניין וכי אי-הצדק שייגרם מהאכיפה הוא חמור ומהותי במיוחד" (ההדגשה הוספה – ל.י.א).¹²⁸ יצוין, כי המלומדים גבריאלה שלו ויהודה אדר היו החלוצים לקבוע בספרם על דיני התרופות כי "על אף ההתחשבות בהכבדה שמכביד צו האכיפה על המפר, חשוב להדגיש: עריכת מאזן הנזק אינה שוויונית. היא נערכת – ולמצער ראוי שתיערך – מתוך הנחה בדבר היעדר שוויון נורמטיבי בין הנפגע שהוא הצד התמים לבין המפר שפעל בניגוד לדין והפר נורמה משפטית. הבדל זה מביא לכך שהמקרה הטיפוסי יינתן משקל רב יותר להפסד שייגרם לנפגע אם תידחה תביעתו לאכיפה, מאשר לנזק שייגרם למפר עקב מתן הצו".¹²⁹ בעניין **אזימוב** קבעה השופטת חיות כי מכלול הנסיבות מלמד כי יש לקבל את הערעור ולהורות על אכיפת ההסכם בין הצדדים, מכמה נימוקים: ראשית, המצוקה הנפשית העתידה להיגרם למוכרים בעת

126 שם, פס' 5.

127 ע"א 5131/10 **אזימוב נ' בנימיני** (פורסם בנבו, 7.3.2013).

128 ראו שם, פס' 18.

129 שלו ואדר, לעיל ה"ש 69, בעמ' 238–239 וההפניות לפסיקה בה"ש 211–213, שם.

מכירת דירתם הייתה ידועה להם בעת ההתקשרות בהסכם המכר, ולכן אין מדובר בשינוי נסיבות פתאומי ומפתיע שהתרחש לאחר כריתת החוזה בין הצדדים; **שנית**, לא הוכח כי עזיבת הדירה אכן תוביל להתדרדרות ניכרת במצבה הנפשי של הקונה; **שלישית**, בית המשפט המחוזי לא נתן משקל ראוי לנסיבותיה האישיות הקשות של הקונה עצמה ולמצוקה שתיגרם לה אם היא עלתה להסתפק בפיצוי כספי. כאמור לעיל, לקונה בן הסובל מפיגור שכלי, וכל מעייניה היו נתונים לרכישת דירה בקרבת מגורי אחותה על מנת שזו תסייע לה בטיפול בבנה; **רביעית**, הואיל וכפות הצדק אינן מעוינות בבואנו לשקול את מאזן הנזק בין הצדדים, הרי שעל מנת לשלול את תרופת האכיפה מהקונה יש להראות פער ניכר ביותר בין העוול שייגרם למוכרים לבין העוול שייגרם לקונה. פער ניכר כאמור, היכול להצדיק את שלילת תרופת האכיפה, לא הוכח בנסיבות העניין.¹³⁰ לסיכום, האופן שבו הדין הישראלי מסדיר את תרופת האכיפה בגין הפרת חוזה הוא מופע קונקרטי להתקרבות גלובלית של שיטות המשפט הקונטיננטלית והאנגלי-אמריקניות זו לזו.

3. הנימוקים למעמדה המיוחד של תרופת האכיפה בשיטת המשפט הישראלית

ניתן להעלות על הדעת כמה גורמים אשר הובילו לאימוץ תרופת האכיפה כסעד ראשוני בדין הקיים ולעיצוב כלל ההסדרים העוסקים באכיפת חוזה ברוח שיטת המשפט הקונטיננטלית והאנגלי-אמריקנית כאחד. בגורמים אלה יש כדי לשפוך אור על ביטויה של מגמת ההתקרבות בין שתי שיטות המשפט במקרה המיוחד של ישראל.

(א) הזהות התרבותית של מעצבי חוק התרופות עובר לאימוצו של החוק ולאחריו

דומה כי לזהותם של הגורמים המשפטיים אשר תרמו לעיצובם של דיני התרופות השפעה חשובה על תוכנם של ההסדרים העוסקים באכיפת חוזה. חוק התרופות הוא חלק מהחקיקה האזרחית החדשה אשר נועדה להחליף את זיקתו של המשפט האזרחי של ישראל למג'לה ולמשפט האנגלי. חקיקתם של החוקים השונים המרכיבים את החקיקה האזרחית החדשה נעשתה בשלבים בתהליך שנמשך שני עשורים, בניצוחו של אורי ידין שעמד בראש המפעל של הכנת החקיקה במשרד המשפטים.¹³¹ אין חולק כי הצוות אשר עמל על ניסוח החקיקה האזרחית החדשה רכש את השכלתו המשפטית במדינות מערב אירופה שבהן קיימת שיטת משפט קונטיננטלית. אורי ידין היה אחד המשפטנים יוצאי גרמניה שפעלו במשרד המשפטים לצדם של משפטנים נוספים אשר התחנכו בגרמניה, כגון חיים כהן (לימים שופט בית המשפט העליון) ופנחס רוזן. הואיל וידין התחנך באוניברסיטאות מובילות בגרמניה, לא מן

¹³⁰ ראו עניין **אזימוב**, לעיל ה"ש 127, פס' 25–26.

¹³¹ לתיאור המפעל הקודיפיקטיבי במסגרת ניסוח החקיקה האזרחית החדשה, ראו אהרן ברק "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי" **עיוני משפט** ג 5 (תשל"ג); אהרן ברק "עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה: סיכונים וסיכויים" **משפטים** ז 15 (תשל"ו); Pablo Lerner & Alfredo Mordechai Rabello, *The (Re) Codification of Israeli Private Law: Support for, and Criticism of, the Israeli Draft Civil Law Code*, 59 AM. COMP. L. REV. 763 (2011); Eyal Zamir, *Private Law Codification in a Mixed Legal System – The Israeli Successful Experience*, in *THE SCOPE AND STRUCTURE OF CIVIL CODES – A COMPARATIVE ANALYSIS* 233 (Julio Cesar Rivera ed., 2014).

הנמנע כי השכלתו האירופית היא שהובילה אותו לפעול ביתר שאת לגיבושה של קודיפיקציה אזרחית במסגרת ניסוחה של החקיקה האזרחית החדשה.¹³² בהקשר זה ניתן לגרוס כי מעמדה הראשוני של תרופת האכיפה בדין הקיים נובע מההשפעה הקונטיננטלית שהייתה לדין זה במסגרת עיצוב החקיקה האזרחית החדשה בישראל. נוסף על כך, הואיל וחלק ניכר משופטי בית המשפט העליון התחנכו בשיטות משפט קונטיננטליות, הרי שלא מן הנמנע שרקע זה הוביל אותם לעגן את תרופת האכיפה כתרופה ראשונית בדין הקיים.

בשורות הבאות אראה כי השופטים שכיחנו בבית המשפט העליון בשנים 1970–1980 (בימים שלאחר חקיקת חוק התרופות) חונכו במדינות הקונטיננטל ובמדינות המשפט המקובל. השופטים אלפרד ויתקון, חיים כהן, יואל זוסמן ובן ציון שרשבסקי רכשו את השכלתם המשפטית באוניברסיטת ברלין. חלק מהכשרתו המשפטית של השופט זוסמן נרכשה אף באוניברסיטת לונדון.¹³³ השופט משה בייסקי רכש את השכלתו המשפטית בסורבון שבפריז. חלק משופטי בית המשפט העליון באותה תקופה רכשו את השכלתם המשפטית בארצות מולדתם. למשל: השופטים יצחק כהן, יצחק קיסטר ואשר שלמה רכשו את השכלתם המשפטית בפולין. השופט שמעון אגרנט רכש את השכלתו המשפטית באוניברסיטת שיקגו, השופט צבי ברנזון רכש את השכלתו באוניברסיטת קיימברידג', השופט משה לנדוי רכש את השכלתו המשפטית באוניברסיטת לונדון, השופט אליהו מני רכש את השכלתו המשפטית באוניברסיטת ליורפול והשופט מאיר שמגר רכש את השכלתו המשפטית באוניברסיטת לונדון. חלק משופטי בית המשפט העליון רכשו את השכלתם המשפטית בפקולטות למשפטים בישראל, כגון השופטים אהרן ברק, מנחם אלון ודוד ככור. שופטים אחרונים אלה חונכו למעשה על ברכי שיטה משפטית המשלבת יסודות אנגלי-אמריקניים וקונטיננטליים בעת ובעונה אחת.¹³⁴

העובדה כי חלק משופטי ישראל התחנכו במדינות בקונטיננטל וחלק אחר התחנך בשיטות משפט אנגלי-אמריקניות גרמה שלצד העיגון הראשוני של תרופת האכיפה בדין הקיים עוצבו הסדרים העוסקים באכיפת חוזה גם ברוח הדין האנגלי-אמריקני. ראייה לכך היא עניין **עוניסון**.¹³⁵ באותו עניין ביקש השופט ברנזון, שהתחנך על ברכי השיטה האנגלי-אמריקנית, לתת מובן לסעיף 24 לחוק התרופות, אשר קבע בפירושו שסימן 46 לדבר המלך ומועצתו לא יחול על העניינים שבהם דן החוק. בפסק הדין נידונה השאלה מה משקלו של הדין האנגלי בהתחשב בקביעה כי אין להחיל את הכללים של המשפט האנגלי על התרופות הנדונות בחוק זה. השופט ברנזון קבע כי יש לפרש את הסדרי חוק התרופות "מתוכם" אך "יחד עם זאת, גם לגבי חוק כזה, עם או בלי סעיף 24 שבו, וכמו לגבי כל עניין

132 לתיאור קורות חייו של פרופ' אורי ידן, ראו אורי ידן "יומני אורי ידן" ספר אורי ידן 17 (אהרן ברק וטנה שפניץ עורכים, תש"ן). לדיון בפועלם של יוצאי גרמניה במשרד המשפטים, ראו רקפת סלע שפי "היקים בשדה המשפט ודפוסים של תרבות בורגנית בתקופת המנדט" עיונים בתקומת ישראל – מאסף **לבעיות הציונות היישוב ומדינת ישראל** 13, 295 (תשס"ג).

133 לדיון ברקע התרבותי הקונטיננטלי של שופטים אלה, ראו עלי זלצברגר ופניה עוז זלצברגר "המסורת הגרמנית של בית המשפט העליון בישראל" עיוני משפט כא 259 (תשנ"ח).

134 לצורך איתור השכלתם של שופטי בית המשפט העליון בין השנים 1970–1980 הסתייעתי באתר בתי המשפט הכולל ביוגרפיות קצרות של כל שופטי ישראל מאז קום המדינה. ראו www.elyon1.court.gov.il/heb/cv/fe_html_out/menus/mnu_judgesdimus/mnu_all.htm#bet; עלי מ' זלצברגר "יובל לבית המשפט העליון: בית המשפט בין שועל לקיפוד" מחקרי משפט טז 141 (תשס"א).

135 עניין עוניסון, לעיל ה"ש 116, בעמ' 403.

אחר, אנו רשאים לשאוב השראה והנחיה מן הפסיקה והפרקטיקה של כל שיטת משפט של ארץ תרבותית אחרת שהנושא הנדון מוסדר בה בצורה דומה. בייחוד רשאים אנו לשאוב מן הפסיקה והפרקטיקה של ארצות המשפט האנגלו-סקסי, שיסודות המשפט שלהן דומים לאלה שלנו" (ההדגשה הוספה – ל.י.א.)¹³⁶ מהאמור לעיל עולה אפוא כי ההשכלה והרקע התרבותי של מעצבי החקיקה ושופטי ישראל תרמו לעיגונה הראשוני של תרופת האכיפה ולפרשנותם של הסדרי האכיפה ברוח שיטת משפט האנגלי-אמריקנית.

(ב) ירידת הפורמליזם ועליית הערכים ואימוצו של חוק התרופות בשנות השבעים

בכמה חיבורים חשובים טען מאוטנר כי בראשית שנות קיומו של בית המשפט העליון התאפיינו פסיקותיו של מוסד זה בפורמליזם שיפוטי אשר מטרתו הסוואת הממד הערכי של השפיטה. בית המשפט העליון פעל בסביבה הנשענת על יסודות קולקטיביסטיים של הגשמה לאומית. אשר על כן תפס בית המשפט העליון את עצמו כמוסד צנוע הכפוף בכוחותיו ובסמכויותיו לרשויות השלטון האחרון. עם זאת למן שנות השמונים חל שינוי תרבותי במדינת ישראל. שינוי זה בא לידי ביטוי בהחלפת האתוס הקולקטיבי של המדינה באתוס המקדש את חירויות הפרט וזכויותיו. כמו כן בשנים אלה קמו חוגים לאומניים קיצוניים אשר ביקשו לדחוק את רגליו של הליברליזם המערבי מחייה של מדינת ישראל. בשנים אלה ביקש בית המשפט העליון לבצר את זיקתה הערכית של ישראל למערב הליברלי. על מנת לעשות כן, התרחק בית המשפט העליון בפסיקותיו משיטת ההנמקה הפורמליסטית המעניקה חשיבות יתרה לנורמה המשפטית ולכלל החרות ואימץ שיטת הנמקה ערכית, הנותנת לשיקולי תכלית משקל רב מזה שהיא נותנת לשיקולי לשון; לעקרונות מזה של כללים; ולשיקולי מהות מזה של שיקולים פרוצדורליים.¹³⁷

אינני סבור בהכרח כי אימוצה של האכיפה כתרופה ראשונית בגין הפרת חוזה היא הכרעה דוקטרינרית פורמליסטית. בהקשר זה לא ניתן לטעון אלא שהדין בישראל אימץ את האכיפה כתרופה ראשונית בגין הפרת חוזה בדומה לשיטה הקונטיננטלית הפורמליסטית. אולם לצד זאת הסדרי אכיפת חוזה בישראל כוללים ביטוי לגישה לא פורמליסטית הנותנת לעקרונות ולערכים משקל רב מזה שהיא נותנת לנורמה משפטית חקוקה. כך למשל סעיף 3(4) לחוק התרופות, הקובע את סייג הצדק לאכיפת החוזה, משתמש במושג שסתום של "צדק" לצורך קביעת הנסיבות שבהן תיחשב אכיפת חוזה ללא ראויה. מטבע הדברים שימוש במושג שסתום זה יאפשר לבית המשפט לשלב במסגרת שיקול דעתו עקרונות ערכים ותכליות אשר אינם חלק ממסורת קונטיננטלית.¹³⁸ יתר על כן, ניתן לטעון כי חקיקתו של חוק התרופות נערכה בתקופת מעבר במשפט הישראלי מגישה המעלה על נס את הפורמליזם המשפטי לגישה המעלה על נס ערכים, עקרונות וטעמים. לא מן הנמנע כי שינוי זה, שקרם עור וגידים

136 שם, בעמ' 403.

137 ראו מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז 503 (תשנ"ג); מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 145–160 (תשס"ח).

138 להבחנה בין כללים לסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה, ראו מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" משפטים יז 321 (תשמ"ח).

אך טרם הושלם בדין הישראלי באותן שנים, מצא את ביטויו אף בהסדרי אכיפת חוזה בדין בישראל שהם ביטוי להשפעה דומה.¹³⁹

(ג) חוסר בקיאות בדין הקונטיננטלי מצד שופטי בית המשפט העליון

החינוך המשפטי בישראל בשלושת העשורים האחרונים שואב את השראתו בעיקר מהחינוך המשפטי בארצות הברית (ובמידה מועטה גם מזה שבאנגליה) אך לא מזה שבקונטיננט. מקור ההשראה המרכזי של האקדמיה המשפטית בישראל הוא הדין האנגלי-אמריקני ולא הדין שבקונטיננט.¹⁴⁰ זאת משום שמרבית מלומדי המשפט בישראל בשלושת העשורים האחרונים התחנכו בעיקר במוסדות למשפטים בישראל, באנגליה ובארצות הברית ולא במוסדות למשפטים באירופה. נוסף על כך, עורכי דין מן המניין חונכו בתקופת זמן זו בפקולטות למשפטים בישראל, באנגליה ובארצות הברית, ואין להם הידע והבקיאות בדין הקונטיננטלי בכלל ובדין הגרמני בפרט. היעדר בקיאות בדין הקונטיננטלי נובע מכך ששופטי בית המשפט העליון אינם בקיאים בשפה הגרמנית או הצרפתית, ולכן אין להם אפשרות לפנות לספרות המשפטית המקורית בשפות אלה. לכן פסיקתם של בתי המשפט בישראל מתאפיינת

139 כותב מאוטר בהקשר זה: "לקראת סוף שנות השבעים, הסתיים השלב הראשון במפעל הכנת הקודקס האזרחי של המשפט הישראלי שהחל בראשית שנות השישים. החקיקה האמורה להרכיב את הקודקס היא רשת נורמטיבית רופפת שמרובות בה הנורמות מהסוג של סטנדרט (סבירות, תום לב, צדק וכו'), היינו נורמות המחייבות את בית המשפט להפעיל 'חקיקה שיפוטית' והמטשטשות את הבחנתו של הפורמליזם המשפטי בין חקיקה (הרשות המחוקקת) לבין יישום (בתי המשפט). חקיקה זו מותירה מקום נרחב להפעלה של שיקול דעת, ליצירה ופיתוח של המשפט על ידי הרשות השופטת; היינו, היא מחייבת תרומה ערכית נרחבת מצד הראשות השופטת ומידת ההתאמה שלה להפעלתן של הנמקות משפטיות פורמליסטיות אינה גבוהה. ניתן אפוא לייחס את ירידת הפורמליזם הישראלי בשנות השמונים גם לעובדה שבתחום המשפט האזרחי, ניתן בידי בית המשפט כלי שחינך והרגיל את בתי המשפט – להפעלה של גישה לא פורמליסטית". ראו מאוטר, לעיל ה"ש 137, בעמ' 586–587.

140 מאוטר טען בחיבור אחר כי התפתחויות אלה בראשית ימי המדינה ובשנות השמונים מעידות שלעומת שנות החמישים, אז היה החינוך המשפטי בישראל פורמליסטי ותפס את עצמו כענף ידע מסוגר, מובחן ואוטונומי, למן שנות השמונים הפך המשפטי בישראל לרב-תרבותי, והמחקר המשפטי הנעשה בפקולטות למשפטים מתבסס על אדנים בין-תחומיים ברוח החינוך האנגלי-אמריקני. ראו מנחם מאוטר על החינוך המשפטי (תשס"ב). לדיון בתזה בדבר המהפך שחל בחינוך המשפטי בישראל, ראו רון שפירא "מנחם מאוטר: על החינוך המשפטי" עיוני משפט כז 821 (תשס"ד). לאחרונה נטען בספרות כי בניגוד לדעתו של מאוטר, קיימות עדויות לכך שגם בראשית ימיה של המדינה לא היה החינוך המשפטי בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים פורמליסטי. בהקשר זה טען גיא קלס כי כבר בעשור הראשון לקום המדינה נחלש אופיו האינטרנליסטי של החינוך המשפטי בישראל והוא הפך לבין-תחומי. ראו גיא קלס "אוניברסיטה בגלות: ההיסטוריה של החינוך המשפטי בעשור הראשון למדינה" משפטים מא 605 (תשע"ב). לדעתי, יש להטיל ספק בטענה כי החינוך המשפטי בישראל בראשית ימיו התאפיין בבין-תחומיות. המחבר אומנם מציין דוגמאות לכך שבפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית נלמדו מקצועות מובהקים ממדעי החברה, כגון כלכלה, פסיכולוגיה ופילוסופיה, אך לדעתי, המחבר לא התמודד עם שאלה מקדמית והיא כיצד ניתן להגדיר בין-תחומיות בחינוך משפטי. בהקשר זה נדמה כי ליימורים נוספים ממדעי החברה אינם מצביעים בהכרח על גישה בין-תחומית אינהרנטית לחינוך המשפטי בישראל. לדיון מעניין המבקש לתת מובן לשאלה מהו חינוך ומחקר משפטי בין-תחומי, ראו איל זמיר "על המחקר המשפטי האינטגרטיבי" דין ודברים ד 131 (תשס"ח); חיים זנדברג "קולוניאליזם תרבותי: האמריקניזציה של החינוך המשפטי בישראל" המשפט יד 419 (תשע"א).

בפנייה לספרות ולפסיקה אנגלי-אמריקנית על מנת ליתן מובן להסדרי אכיפת חוזה בישראל. תוצאה זו בתורה גורמת שהאופי ההיברדי של דיני אכיפת חוזה בישראל בדין ובפסיקה נשמר. ניתן להדגים נימוק זה אם נפנה לפסק הדין בעניין **אזימוב**.¹⁴¹ כאמור לעיל, באותו עניין נידונה השאלה אם מצוקת הנפשית של מפר החוזה יש בה כדי לשלול את סעד האכיפה לנפגע מהפרת חוזה. בהקשר זה פנה בית המשפט לספרות באנגלית העוסקת בדיני החיובים בגרמניה ולא מצא תשובה לשאלה זו מנקודת מבטו של הדין הגרמני, אך מצא התייחסות נכבדת לשאלה מנקודת מבטו של המשפט המקובל.¹⁴² כלומר, בשל היעדר בקיאות של שופטי ישראל בדין הגרמני נאלצים בתי המשפט לפנות חדשות לבקרים לדין האנגלי-אמריקני על מנת לתת מובן לדיני אכיפת חוזה בישראל. שלושת הגורמים שדנתי בהם לעיל עשויים להסביר מדוע לצד ראשוניותה של תרופת האכיפה בדין הקיים בדומה לדין בקונטיננט, מכלול הדינים העוסקים באכיפת חוזה עוצבו בהשראה משותפת של הדין בקונטיננט ובאנגליה.

(ד) סיכום בנייים

בפרק זה תיארתי בהרחבה את מעמדה הראשוני של תרופת האכיפה בשלוש שיטות משפט מעורבות (סקוטלנד, דרום-אפריקה וישראל). בהקשר זה טענתי כי מעמד זה הוא תוצאה של שיקולים היסטוריים. כשמדובר בדין בישראל, האופי ההיברדי של ההסדרים העוסקים באכיפה הוא תוצאה של שיקולים תרבותיים וסוציולוגיים שעניינם הזהות התרבותית של מעצבי דיני התרופות בחקיקה ובפסיקה בשנים 1970–1980; תופעת ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי, אשר תוארה לראשונה בידי מאוטנר; חוסר בקיאות של שופטי בית המשפט העליון בדין הקונטיננטלי. גורמים אלה עשויים להסביר כיצד באה לידי ביטוי מגמת ההתקרבות בין שיטת המשפט הקונטיננטלית לשיטת המשפט האנגלי-אמריקנית בכל הקשור לעיצובם של דיני התרופות בישראל.

ה. אופני ההתקרבות הגלובלית של דיני אכיפת חוזה

בפרק זה ארצה להראות כיצד באה לידי ביטוי מגמת ההתקרבות בדינים המסדירים את תרופת האכיפה בשיטת המשפט הקונטיננטלית והאנגלי-אמריקנית. התקרבות זו יכולה להצביע על פער בין הרטוריקה

141 עניין **אזימוב**, לעיל ה"ש 127.

142 בהקשר זה כותבת השופטת חיות: "ניתן לומר כי תרופת האכיפה נתפסת בדין הגרמני כתרופה העיקרית ונדירים מאוד המקרים אשר בהם יהא הדין הגרמני נכון לשלול אותה. למעשה, ה-BGB אינו מונה בין הסייגים לאכיפה סייג של שיקולי צדק ככאלה... גישה מחמירה זו היא ככל הנראה הסיבה שבגללה לא ניתן היה למצוא בפסיקה הגרמנית מקרים אשר בהם נדונה השאלה כמו זו המתעוררת בפנינו, קרי – האם מצוקה רגשית של המפר יש בה בנסיבות מסוימות כדי לשלול את סעד האכיפה", ראו עניין **אזימוב**, שם, פס' 23. אולם נראה כי הפסיקה הגרמנית אכן עסקה בשאלה אם מצוקה בריאותית יכולה להצדיק פטור מצו אכיפה גם אם ההצדקה אינה כה רחבה כבמשפט המקובל. המלומד הוג' ביל (Hugh Beale) טוען כי בית המשפט הפדרלי החוקתי של גרמניה קבע בכמה הזדמנויות כי כאשר בית המשפט נדרש לפסוק לטובתו של תובע צו כלשהו (קבוע או זמני), עליו להביא בחשבון את השפעת פסיקת הצו על בריאותו וחיייו של הנתבע. HUGH BEALE ET AL, CONTRACT LAW: IUS COMMUNE CASEBOOKS FOR THE COMMON LAW OF EUROPE 882 (2010).

לקראת התקרבות גלובלית של דיני אכיפת חוזה

לפרקטיקה בשיטות משפט אלה. כלומר, אף שבמישור הרטורי שיטות המשפט השונות חלוקות באשר לאופן שבו יש להסדיר את סעד האכיפה, הפרקטיקה השיפוטית מלמדת כי ההבדלים בין השיטות אינם כה גדולים.

1. התקרבות שיטות משפט קונטיננטליות לפרקטיקה הנוהגת בשיטות משפט אנגלי-אמריקניות

כזכור, הדין בקונטיננט מעניק מעמד בכורה לתרופת האכיפה על פני שאר הסעדים בגין הפרת חוזה. תפיסה זו מעוגנת הן בדין החקוק והן בספרות שדנה בדין זה. אולם מחקר אמפירי של הנריק לנדאו (Henrik Lando) וקספר רוס (Casper Rose) גורס כי על אף הרטוריקה בדבר עליונותה של תרופה זו יש ראיות אמפיריות לכך שתרופה זו אינה נפסקת לעתים קרובות בקונטיננט.¹⁴³ לטענת המחברים, בחינת פסיקתם של בתי המשפט בדנמרק (שם מעוגן מעמדה הראשוני של תרופת האכיפה בדומה לגרמניה ולצרפת) בשנים 1950–2000 מלמדת כי רק במקרים מעטים בלבד עתרו תובעים לקבל את תרופת האכיפה וזו נפסקה לזכותם. המחברים סבורים כי אף שאין בידיהם ראיות אמפיריות בקשר לפרקטיקה הנוהגת בצרפת ובגרמניה, יש סיבות להניח כי מצב הדברים במדינות אלה דומה.¹⁴⁴

לטענת המחברים, אכיפת חוזה כוללת שני שלבים שאפשר שיהיו כרוכים בעלויות שבהן תישא מערכת המשפט. בשלב הראשון נדרש בית המשפט להכריע בין פסיקת סעד האכיפה או סעד הפיצויים. אם קבע בית המשפט כי יש לפסוק את סעד האכיפה עליו לציין במפורש ובמדויק את החיוב שאותו נדרש החייב לבצע. כאשר החייב מסרב להעביר את הממכר, מתן צו אכיפה נגדו עלול להיות כרוך בהתדיינות מרובות בבתי משפט אזרחיים ובערכאות ערעור, וגם אם אכן בסופו של דבר ייעתר החייב לקיים את החיוב החוזי, יהיה קשה להעריך את איכות ביצוע החיוב החוזי. בשלב השני, כאשר מבקשים להוציא לפועל את פסק דינו של בית המשפט, אפשר שיידרש החייב לשלם קנס כספי בגין כל יום איחור בהשלמת הביצוע החוזי.¹⁴⁵ לשם כך תידרש מערכת המשפט להשקיע משאבים על מנת לפקח על החייב ולוודא שהוא אכן מבצע את החוזה. היה ונמצא כי החייב אינו מבצע את החוזה, יש צורך במערכת מנהלית אשר תקבע את סכום הקנס שיידרש לשלם עד השלמת הביצוע החוזי ואת האופן שבו קנס זה ייגבה מהחייב. המחברים סבורים כי הואיל ואכיפת חוזה כרוכה בהשקעת משאבים שיפוטיים ומנהליים, מערכת המשפט פוסקת תרופה זו שלא לעתים קרובות.¹⁴⁶

כשמדובר במישור הדוקטרינרי, טרייטל טען כי מהתרשמותו החריגים לזכות האכיפה בקונטיננט הם רחבים דיים כדי לגרוע במידה ניכרת מראשוניותה של הזכות לאכיפה. לדעת המחבר, חריג הנבצרות, שלפיו סעד האכיפה לא יינתן כאשר אי אפשר לבצע את החוזה, וחריג השירות האישי הקובע כי סעד האכיפה לא ייפסק בחוזים למתן שירות אישי, עשוי להביא לכך שבפרקטיקה המשפטית

143 ראו Henrik Lando & Caspar Rose, *The Myth of Specific Performance in Civil Law Countries*, 24 *INTERNATIONAL REVIEW OF LAW AND ECONOMICS* 473 (2004).

144 שם, בעמ' 475–480.

145 ראו הטקסט הנלווה לה"ש 48–49 לעיל.

146 Lando ו-Rose, לעיל ה"ש 143, בעמ' 481–482.

תרופת האכיפה נפסקת שלא לעתים קרובות.¹⁴⁷ עולה אפוא כי על אף הרטוריקה בדבר בכירותה של תרופת האכיפה הפרקטיקה השיפוטית בנוגע לפסיקתו של סעד שכזה אינה בהכרח רחוקה מזו של שיטות משפט אנגלי-אמריקניות.

לאחרונה טען יונתן ארבל כי על אף מעמד הבכורה שמעניק הדין הישראלי לסעד האכיפה בפועל, סעד זה נפסק שלא לעתים קרובות.¹⁴⁸ מראיונות שקיים המחבר עם מתדיינים, עורכי דין ושופטים הוא מצא כי הם אינם נוהגים לעתור לקבל את תרופת האכיפה או לפסוק תרופה זו לעתים קרובות.¹⁴⁹ בראיונות שקיים עם בעלי מקצוע אלו הועלו כמה הסברים לממצא זה: ראשית, תביעה למתן תרופת האכיפה עלולה לעורר את בעיית הנציג שבין עורך הדין ללקוח:¹⁵⁰ האינטרס של הלקוח הוא לתבוע את סעד האכיפה, ואילו עורך הדין יעדיף כי הלקוח יתבע סעד פיצויים. שכן אם הסכימו הצדדים על הסכם שכר טרחה מותנה בתוצאות, יקל על עורך הדין לגבות את שכר טרחתו אם הסעד הנתבע הוא סעד הפיצויים. לכן בלחץ עורך דינו הלקוח יכול לתבוע את סעד הפיצויים ולא את סעד האכיפה; שנית, גם אם אכן צד לחוזה מעוניין כי בית המשפט יפסוק לזכותו את סעד האכיפה מנקודת מבט לכתחילית, הרי בדיעבד ומחמת שיקולים הנוגעים למעבר הזמן מעת ההפרה, עלולה קבלת תרופת האכיפה להיות מנוגדת להעדפותיו של התובע בעת מתן פסק הדין;¹⁵¹ שלישית, מהראיונות עולה כי הוצאתו לפועל של צו האכיפה כרוכה בכמה קשיים העלולים למזער את התועלת שבצו. למשל, במקרים רבים קושי לוודא את איכות ביצוע החוזה לפי הצו. כלומר, פעמים שקיום החוזה לפי צו האכיפה נופל באיכותו מכפי שראו אותו הצדדים לנגד עיניהם בעת שכרתו את החוזה. כאשר קיים קושי מצד בית המשפט לפקח על קיום החוזה, או כאשר אין בנמצא סטנדרט שאליו ניתן להשוות את האופן שבו הוציא לפועל הנתבע את צו האכיפה, עלול קיום החוזה שלא לעלות בקנה אחד עם הקבוע בהוראות ההסכם בין הצדדים.¹⁵² המחקר האיכותני של ארבל מצביע אפוא על כך שגם בישראל מתדיינים אינם נוהגים לעתור לתרופת האכיפה, וזו אינה נפסקת לזכותם לעתים קרובות.

2. התקרבות שיטות משפט אנגלי-אמריקניות לדין הנוהג בשיטות משפט קונטיננטליות

בראשית שנות השמונים טען גואידו קלבריוזי (Guido Calabresi) כי בשל העלייה החדה בחקיקת רווחה פדרלית בשני השלישים הראשונים של המאה העשרים בארצות הברית המשפט המקובל מאמץ תוכנות של המשפט הקונטיננטלי שלפיהן ראוי להסדיר חלקים נרחבים של הדין באמצעות דברי חקיקה (Age

147 TREITEL, לעיל ה"ש 22. לטיעון דומה ראו איל זמיר חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974, 673, ה"ש 12 (תשנ"ה) ("אם כי כמו בעניינים רבים אחרים, ההבדלים החדים בנקודות המוצא של השיטות השונות מתעמעמים מאוד כאשר בוחנים ביתר פירוט את מכלול הדינים, לרבות הפרקטיקה השיפוטית בכל שיטה").

148 Yonathan A. Arbel, *Contract Remedies in Action: Specific Performance*, 118 W. VA. L. REV. 100 (2015).

149 שם, בעמ' 118-121.

150 שם, בעמ' 119-120.

151 שם, בעמ' 120-121.

152 שם, בעמ' 130-131.

לקראת התקרבות גלובלית של דיני אכיפת חוזה

(of Statutes). הטעם לכך הוא הקושי בהסדרת מציאות מודרנית מורכבת באמצעות פסיקה בלבד.¹⁵³ נוסף על חקיקת הרווחה נוצרו בשנים אלה הקוד המסחרי האחיד (UCC) והקוד הפלילי (Model Penal Code). לעומת זאת בשיטת המשפט הקונטיננטלית ניתן בעשרות השנים האחרונות משקל רב יותר לפסיקתם של בתי המשפט בעיצוב הדין הנוהג. הטעם לכך הוא הקושי ביישום ישיר של הוראות הקודקס האזרחי במערכת עובדתית מורכבת שאינה מתיישבת בנקל עם כוונותיהם של מנסחי הקודקס.¹⁵⁴ לפיכך בתי המשפט עשויים לשמש גורם מתווך שתפקידו להתאים את הוראות הקודקס למציאות מודרנית עשירה ורבת פנים. מגמה דומה קיימת גם בקשר להשפעתה של האקדמיה המשפטית על עיצובו של הדין הנוהג. בעבר הייתה לאקדמיה המשפטית בקונטיננטל השפעה מרחיקת לכת על פיתוחו של הדין. תפקידם העיקרי של מלומדי המשפט בקונטיננטל לא היה להורות את המשפט אלא להעמיק חקר בו רווחת הציבור בכללותו. עם זאת לאחר פרסומם של הקודקסים האזרחיים חשיבותה של האקדמיה המשפטית בקונטיננטל נחלש. זאת ועוד, העלייה בחשיבותה של הפסיקה בשכלולו של הדין הנוהג גרמה אף היא להיחלשותה של האקדמיה המשפטית. לעומת זאת בעשרות השנים האחרונות לאקדמיה המשפטית באנגליה ובארצות הברית השפעה חשובה על תכנון של הדין המקובל. הפסיקה באנגליה ובארצות הברית למשל נסמכת במובהק על חידושי המחקר האקדמי בתחום המשפט.¹⁵⁵

אחלק את הדיון בעניין התקרבות שיטות משפט אנגלי-אמריקניות לאלו שבקונטיננטל בנוגע למעמדו של סעד ביצוע בעין בין חוזה מכר מקרקעין לחוזה מכר מיטלטלין. הטעם לכך הוא שבחוזה מכר מקרקעין מאז ומעולם העמדה המקובלת בדין האנגלי-אמריקני היא שצו לביצוע בעין הוא הסעד ההולם יותר בדומה לדין בקונטיננטל. לעומת זאת בחוזה מכר מיטלטלין מגמת ההתקרבות היא פועל יוצא של התפתחות חקיקתיות בדין האנגלי-אמריקני בעשרות השנים האחרונות.

(א) חוזה מכר מקרקעין

עמדתו המסורתית של הדין האנגלי-אמריקני היא שסעד ביצוע בעין יינתן כדבר שבשגרה בחוזים למכר מקרקעין. במקרה כזה נקבע עוד מקדמת דנא כי סעד הפיצויים אינו הולם משום שלכל חלקת מקרקעין יש ערך ייחודי לרוכש שאינו ראוי להיות נתון לכימות שוקי בלבד.¹⁵⁶ עולה אפוא כי במגזר

153 GUIDO CALABRESI, A COMMON LAW FOR THE AGE OF STATUTES 163 (1982) (“... the courts are not capable of writing speedily enough most of the rules that a modern society apparently needs...”)

154 Ugo Mattei & Luca G. Pes, *Civil Law and Common Law: Toward Convergence?*, in THE OXFORD HANDBOOK OF LAW AND POLITICS 267, 274 (Gregory A. Caldeira, R. Daniel Kelemen & Kaith E. Whittington eds., 2008)

155 שם.

156 מסכמים את ההלכה בעניין JONES & GOODHART, לעיל ה"ש 63, בעמ' 128 Sir : 1804 “As long as William Grant MR said that a court of equity will always decree specific performance of a contract for land; it is 'as much of course in this Court to decree a specific performance, as it is to give damages at Law'... Land is deemed to have a special and peculiar value for the purchaser, and no enquiry is made as to the value of the land or as to the possibility that a substantially similar piece of land may be obtained elsewhere”. of land may be obtained elsewhere”. כן ראו 9 Ves 605, 608 (1804), Hall v. Warren. עם זאת יש לציין כי בקנדה קביעה זו נזנחה, אולם גם שם לא אומצה קביעה הפוכה שלפיה בכל חוזה מקרקעין קיים תחליף

רחב מהסכסוכים החוזיים בדין האנגלי-אמריקני תרופת האכיפה היא התרופה הראשונית בגין הפרת חוזה. ההגנה הרחבה שמעניק הדין לרוכשים של מקרקעין נעוצה בנימוקים היסטוריים ובנימוקים פרקטיים. אשר למישור ההיסטורי, למן ראשית המאה השמונה-עשרה נשאו המקרקעין אופי חברתי ופוליטי מובהק. המקרקעין היו בבעלותן של משפחות פאודליות ועברו בהן מדור אחד למשנהו. המקרקעין היו ביטוי לזהות אישית פרטית של המשפחה וכן ביטוי למעמדה החברתי והפוליטי של אותה משפחה בחברה נתונה.¹⁵⁷ אמנם בראשית המאה העשרים ואחת אין משמעות מיוחדת לביטוי הפוליטי והחברתי של מקרקעין כפי שהיה בימים הפאודליים באנגליה או בימי הקולוניאליות בארצות הברית,¹⁵⁸ אך עדיין למקרקעין היבטים פרקטיים חשובים בין היתר נודעת משמעות רגשית רבה בדין המערבי לכך שאדם מחזיק בבעלותו מקרקעין (sentimental attachment), במיוחד כאשר מדובר בבעלי בתים מן היישוב. קביעה אחרונה זו קשורה קשר הדוק לתאוריית האישיות של הקניין הפרטי. על פי תאוריה זו, בני אדם רואים בקניין (יהיה זה בית או דירת מגורים) משאבים המכוננים את זהותם. שלילת משאב כזה נתפסת לא רק כפגיעה ברווחה של בני אדם, אלא גם כהפרה של גבולות ה"אני". אשר על כן ההגנה שמעניק הדין לחוזה מקרקעין באמצעות פסיקת צווי ביצוע בעין נועדה למנוע פגיעה אישית (ולא רק גירעון חומרי) במקרה שבו הנכס המשקף את זהות הבעלים (בכוח) ניטל ממנו.¹⁵⁹

(ב) חוזי מכר מיטלטלין

העמדה המסורתית של הדין האנגלי-אמריקני היא שסעד הביצוע בעין ייפסק בחוזה למכר מיטלטלין רק כאשר מדובר בממכר בעל ייחודיות מסחרית מובהקת. עם זאת החקיקה בעשרות השנים האחרונות בארצות הברית ובאנגליה מצביעה על נכונות לפסוק סעד ביצוע בעין גם במקרים שבהם אין מדובר

שווה ערך בשוק החופשי. כלומר, יש צורך בבחינה פרטנית של נסיבות המקרה, וייתכנו מקרים שבהם גם בקנדה ייפסק סעד ביצוע בעין בחוזה מכר מקרקעין מהטעם כי אין בנמצא תחליף שווה ערך למושא החוזי. ראו לעיל הטקסט הנלווה לה"ש 83-88.

157 כותב אלכסיס דה טוקוויל (Alexis de Tocqueville): "[F]amily feeling finds a sort of physical expression in the land. The family represents the land and the land the family, perpetuating its name, origin, glory, power and virtue. It is an imperishable witness to the past and a precious earnest of the future..." ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *DEMOCRACY IN AMERICA* 52 (J.P. Mayor ed., ראו, 1988). (George Lawrence trans., 1988)

158 מחמת העובדה כי לנימוקים ההיסטוריים אין משמעות רבה להגנה הרחבה שמעניק הדין לחוזי למקרקעין לעומת זאת המוענקת למיטלטלין, יש שטענו כי יש לזנוח את מבחן הייחודיות בחוזים למכר מקרקעין או לכל הפחות לצמצם את היקפו. עוד נטען כי אם מבקשים להמשיך לתת הגנה רחבה לחוזי מקרקעין, יש להגביל זאת אך ורק למקרקעין שבהם הצדדים הם צרכנים ולא כאשר מדובר בצדדים מסחריים, ראו Tanya D. Marsh, *Sometimes Blackacre Is a Widget: Rethinking Commercial Real Estate Contract* Jason S. Kirwan, *Appraising a Presumption: A Remedies*, 88 NEBRASKA L. REV. 635 (2010) *Modern Look at the Doctrine of Specific Performance in Real Estate Contracts*, 47 WM. & MARY L. REV. 697 (2005).

159 להרחבה, ראו Margaret Jane Radin, *Property and Personhood*, 34 STAN. L. REV. 957 (1982); חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 38-42 (תשס"ה).

בממכר ייחודי.¹⁶⁰ אפתח בקוד המסחרי האחד (UCC) שפורסם לראשונה ב-1952 ואומץ עד היום ביותר מ-50 מדינות בארצות הברית. סעיף 2-716 לקוד המסחרי האחד קובע כי סעד ביצוע בעין בחוזי מיטלטלין ייפסק כאשר המושא החוזי הוא ייחודי או "בקיומן של נסיבות אחרות המצדיקות זאת". קיימת פסיקה בארצות הברית הקובעת כי סעיף זה עשוי לאפשר פסיקת סעד ביצוע בעין גם כאשר המושא החוזי אינו ייחודי בהכרח. למשל, בעניין *Kaiser Trading*¹⁶¹ נידון חוזה למכירת 4,000 טון מינרלים לשימוש במפעל תעשייתי. המוכר סירב לכבד את ההסכם, ובית המשפט הורה על צו לביצוע בעין אף שממכר אינו עומד בדרישת הייחודיות המסחרית. אף שהיה ניתן לרכוש תחליף בשוק החופשי, באותו מקרה לא היה ניתן לעשות זאת בפרק זמן קצר. בית המשפט באותו עניין ציין כי הכרעתו נסמכת בין היתר גם על הגישה המקלה בעניין פסיקת צווי ביצוע בעין כפי שעולה מלשונו של סעיף 2-716 לקוד המסחרי האחד.¹⁶² בשנת 2002 נערך תיקון מקיף לסעיף 2 לקוד המסחרי האחד. תיקון זה אימץ את האפשרות לפסוק סעד לביצוע בעין בחוזי מכר מיטלטלין "בקיומן של נסיבות אחרות המצדיקות זאת" בדומה לנוסח הקוד המסחרי המקורי. דברי ההסבר הרשמיים לתיקון קובעים בין היתר כי מגמתו הראשונית של הסעיף היא לאפשר פסיקתו של סעד לביצוע בעין לעתים קרובות יותר מבלי לפגוע בשיקול הדעת הנתון לבתי המשפט בעניינים אלה.¹⁶³

גם בדין האנגלי אומץ דבר חקיקה המאפשר פסיקתו של סעד הביצוע בעין בחוזים למכר מיטלטלין לעתים קרובות יותר. תיקון משנת 2002 ל-*Sale of Goods Act 1979* קובע את זכותו של הקונה לדרוש מהמוכר תיקון מוצר או החלפת מוצר שלא התאים לתיאורו של המוכר אותו בהצגתו לקהל הרחב.¹⁶⁴ על מנת לתת בידי הקונה כלי אפקטיבי לדרישה זו, סעיף 48E ל-*Sale of Goods Act 1979* קובע כי בית המשפט רשאי להגן על זכותו של הקונה באמצעות סעד לביצוע בעין. הספרות באנגליה עמדה על כך שהתיקון האמור עלול לעורר קושי משום שיש בו כדי לחתור תחת עמדתו המסורתית של המשפט האנגלי שלפיה בחוזי מכר מיטלטלין סעד הפיצויים הוא ההולם יותר כאשר אין מדובר בממכר ייחודי.¹⁶⁵

160 ראו הטקסט הנלווה להערה 80.

161 *Kaiser Trading Co. v. Associated Metals & Minerals Corp.*, 321 F. Supp. 923 (N.D. Cal. 1970)

162 שם, בעמ' 932.

163 דברי ההסבר קובעים כך: "...The present section continues in general prior policy as to specific performance and injunction against breach. However, without intending to impair in any way the exercise of the court's sound discretion in the matter, this Article seeks to further a more liberal attitude than some courts have shown in connection with the specific performance of contracts of sale..." Official Comment 2 to UCC § 2-716.

164 מטרת התיקון היא להטמיע את הוראותיה של הדירקטיבה האירופית בעניין *Certain Aspects of the Sale of Goods Act, 1979* of Consumer Goods and Associated Guarantees (1999) O.J. L 177/12.

165 ראו דבריה אלה של קריסטין טוויג-פלסנר (Christian Twigg Flesner): "... English law will therefore only exceptionally seek to ensure the performance of the seller's contractual obligations, and only as long as the buyer cannot obtain what he bargained for by other means. In contrast, the Directive is more concerned with ensuring that the seller performs his obligation towards the consumer. It seems at least arguable that the remedy of specific performance might need to be used more frequently in the wake of the implementation of the Directive..." Christian Twigg Flesner, *New*

3. סיכום ביניים

בפרק זה תיארתי את אופני ההתקרבות של שתי מערכות הדינים זו לזו. אשר להתקרבות שיטת המשפט הקונטיננטלית לזו האנגלי-אמריקנית טענתי כי היא תוצאה של עיון בפרקטיקה השיפוטית המלמדת כי הלכה למעשה תרופת האכיפה אינה נפסקת לעתים קרובות בשל העלויות הכספיות הכרוכות בפיקוח על קיום הצווים. אשר להתקרבות שיטת המשפט האנגלי-אמריקנית לזו הקונטיננטלית טענתי כי יש להבחין בין חוזי מכר מקרקעין, שבהם ביצוע בעין הוא הסעד הראשוני מאז ומעולם בדומה לדין בקונטיננט, לבין חוזי מכר מיטלטלין, שבהם פסיקתו של סעד ביצוע בעין הוא תוצאה של התפתחויות חקיקתיות בעשרות השנים האחרונות.

ו. לקראת התקרבות גלובלית של דיני אכיפת חוזה – המשמעויות הנורמטיביות

בפרקים הקודמים למאמר זה תיארתי בהרחבה את מעמדה של תרופת האכיפה בשלוש שיטות משפט ואת האופנים שבהם מתקרבים הדינים המסדירים את תרופת האכיפה שבשיטת המשפט הקונטיננטלית לאלה שבשיטת המשפט האנגלי-אמריקנית (ולהפך). נראה כי התקרבות זו היא מופע קונקרטי לתהליך עמוק ורחב יותר שעליו עומדת הספרות ההשוואתית והיא התקרבות שתי מערכות הדינים ככלל. ראוי להבהיר שאין פירושה של אותה התקרבות מצב עובדתי סטטי או תופעה המתרחשת בענף משפטי מסוים, ויש בה בהכרח כדי לשנות את תוכנם של ענפים משפטיים אחרים. חלף זאת ההתקרבות שאני טוען לה מדגישה את אופיו הדינמי של התהליך שאינו מתרחש בן לילה אלא לאורך תקופת זמן ארוכה. בסופו של התהליך שתי מערכות הדינים מאמצות פתרונות דומים לאותן שאלות משפטיות. בכך מתרחקות מערכות הדינים מהתפיסות האידאולוגיות המסורתיות שלהן (והקוטביות) ומאמצות פתרונות קרובים הנסמכים בעיקרם על שיקולים פרקטיים.¹⁶⁶

ספרות המשפט ההשוואתי מסרבת בשנים האחרונות לראות בשיטות ובמשפחות משפט מערכות סטטיות ונבדלות זו מזו.¹⁶⁷ ספרות זו אינה רואה בשיטות המשפט המקובל והקונטיננטלית בעלות גבולות מתוחמים היטב אלא חופפות זו את זו במידה רבה.¹⁶⁸ עם זאת חשוב להדגיש כי לצורך ההתקרבות האמורה ואימוץ הדדי של נורמות משפטיות אין די בהטמעה פורמלית של דינים שמקורם בשיטת משפט זרה. הספרות ההשוואתית נחלקה בשאלה כיצד מתרחשת אותה הטמעה של דינים שמקורם בשיטת משפט זרה. אלן ווטסון (Alan Watson) וויליאם אוואלד (William Ewald) גרסו כי לשם הטמעתם של דינים משיטת משפט זרה די באימוץ פורמלי של הנורמה הזרה בשיטת המשפט

Remedies for Consumer Sales Transactions: A Change for the Worse?, 2 J. OBLIGATIONS & REMEDIES 5 (2003).
 166 Mattei & Pes, לעיל ה"ש 154.
 167 Mathias Reimann, *The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century*, 50 AM. J. COMP. L. 671, 677 (2002).
 168 Nikolas Roos, *Nice Dreams and Realities of European Private Law*, EPISTEMOLOGY AND METHODOLOGY OF COMPARATIVE LAW 226 (Mark Van Hoecke ed., 2004).

הקולטת גם במקרים שבהם הנורמה המשפטית שלובה בתרבות הייחודית של שיטת המשפט.¹⁶⁹ לעומת זאת נטען בספרות כי הרמוניזציה של המשפט הפרטי או לכל הפחות התקרבות של שתי שיטות המשפט הפרטי אינה אפשרית משום שהנורמות המשפטיות משולבות עמוק בתרבות המיוחדת של כל אחת מן השיטות. לפיכך קליטתה של נורמה משפטית זרה כלשהי של המשפט הפרטי תיתקל בקשיים ניכרים.¹⁷⁰ בין שתי עמדות הקיצון הללו קיימת עמדה נוספת, הגורסת כי על מנת להביא להטמעה מוצלחת של דינים משיטת משפט אחת בשיטת משפט אחרת יש צורך שדינים אלה יעלו בקנה אחד עם התרבות המשפטית של המדינה הקולטת. לכן הפריה הדדית בדיני המשפט הפרטי בין שיטת המשפט האנגלי-אמריקנית לזו הקונטיננטלית תתאפשר רק אם הדינים שאותם מבקשים לקלוט יהלמו את התרבות המשפטית של אותה שיטה. ככל שהדינים קשורים בקשר הדוק יותר בתרבות ייחודית של אותה שיטת משפט, כך יקשה על המדינה הקולטת להטמיע אותם בשיטת המשפט שלה. לעומת זאת במקרים שבהם יש מכנה משותף תרבותי עם הנורמה המשפטית שאותה מבקשים לקלוט, הרי שהטמעתה תתאפשר ביתר קלות.¹⁷¹

בשורות הבאות ארצה להתמקד במגמת ההאחדה הקיימת באירופה בין שיטת המשפט הקונטיננטלית לבין שיטת המשפט המקובל באנגליה בכל הקשור לדיני החיובים. אמנת מאסטריכט בפברואר 1992 החלה את תהליך ההאחדה הכלכלי והפיננסי באירופה. מדובר בתהליך אטי ומורכב שעבר האיחוד האירופי מאז פתיחת הגבולות, דרך האחדה בתקינה וברגולציה ועד לכינון של אזור

ALAN WATSON, THE EVOLUTION OF LAW 77-89 (1985); William Ewald, *Comparative Jurisprudence* 169
(II): *The Logic of Legal Transplants*, 43 AM. J. COMP. L. 489 (1995)

Mark Van Hoecke & Mark Warrington, *Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Toward a New Model for Comparative Law*, 47 INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY 495 (1998) 170

Gunther Teubner, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in* 171
New Divergences, 61 MOD. L. REV. 11, 12 (1998) (“Legal institutions cannot be easily moved from one context to the other... They need careful implantation and cultivation in the environment... [W]hen a foreign rule is imposed on a domestic culture ... it works as a fundamental irritation which triggers a whole series of new and unexpected events. It irritates... the minds and emotions of tradition-bound lawyers; but in a deeper sense... it irritates law’s ‘binding arrangements’ ... Legal irritants cannot be domesticated; they are not transformed from something alien into something familiar, not adapted to a new cultural context, rather they will unleash an evolutionary dynamic in which the external rule’s meaning will be reconstructed and the internal context will undergo “fundamental change”.¹⁷¹ How does all of this : בכוחה (Anna Conley) קונלי (Anna Conley) relate to harmonization? I hypothesize that rules with incompatible underlying essential components cannot be harmonized. Reception of a foreign legal rule requires that the rule must be integrated not only into the legal sources of the receiving system, but also the receiving country’s legal culture’s values and legal reasoning structures. True integration of a foreign legal rule requires that the receiving system’s essential components are compatible with the essential components underlying the foreign rule. If they are not, the receiving system will morph the rule into something that looks ANNA CONLEY, HARMONIZING ראו .very different than the foreign rule prior to reception” JURISDICTION IN TRANSNATIONAL CASES: A “DEEP” COMPARATIVE INQUIRY 24 (A thesis submitted to McGill University in partial fulfillment of the requirements of the degree of Doctor of Civil Laws, 2011).

מטבע אחד – האירו. כחלק מתהליכים רחבים אלו נעשו ניסיונות לעצב דברי חקיקה שיאחדו את ענפי המשפט הפרטי בכל המדינות החברות באיחוד האירופי, לרבות אנגליה.¹⁷² כך למשל נטען כי על מנת להביא להאחדה של המשפט הפרטי באירופה יש צורך בהרמוניזציה של כללי ברירת הדין.¹⁷³ עוד נטען כי יש להבטיח כי דיני המשפט הפרטי של כל מדינה באירופה אינם פוגעים בתנועה החופשית של סחורות, שירותים, עבודה והון.¹⁷⁴

אשר על כן נעשו כמה ניסיונות חקיקה שתכליתם להביא להאחדה של חלק מדיני החוזים באירופה. למשל: בשנת 2008 פורסם ה-Draft Common Frame of Reference (DCFR). פרויקט זה נעשה ביוזמתו ובמימונו של ה-Commission of the European Union, ותכליתו הייתה לשמש ארגז כלים לחקיקה עתידית משותפת לכלל האיחוד האירופי בתחום דיני החוזים. אף שדבר חקיקה זה עדיין לא זכה לתוקף רשמי, אזרחי האיחוד האירופי רשאים לאמץ אותו וולונטרית כדין שיסדיר את החוזים ביניהם. מעניין כי מנסחי ההצעה ראו בפרויקט שלהם מפעל משפטי הדומה במובנים מסוימים לריטסייטמנט האמריקני (RESTATEMENT). נילס ג'נסן (Nils Jansen) וריינהרד צימרמן (Reinhard Zimmermann) טענו כי מעצבי הריטסייטמנט ביקשו ליצור מסגרת חקיקתית אחת שתשמש מודל חקיקה עבור כל מדינות ארצות הברית על מנת להתגבר על חוסר הוודאות המשפטית שהיה קיים בדין האמריקני בעקבות הסתמכות יתרה על המשפט המקובל. גם מנסחי ה-DCFR ביקשו ליצור מסגרת חקיקתית אחידה שתשמש מודל לכל המדינות החברות בגוש האירופי (לרבות אנגליה) בתחום דיני החוזים.¹⁷⁵

על פי ה-DCFR, האכיפה היא התרופה הראשונית בגין הפרת חוזה (III, 3:302), אך זו עשויה להישלל במקרים שבהם אכיפת החוזה היא לא חוקית או לא אפשרית; ביצוע החוזה כרוך בהשקעת משאבים רבה ולא סבירה מצדו של החייב; ביצוע החוזה כרוך במאפיינים אישיים.¹⁷⁶ הדעה המקובלת בספרות היא כי אימוץ ה-DCFR אף באנגליה, שבה הביצוע בעין אינה התרופה הראשונית בגין הפרת חוזה, עשוי לתרום להגברת הוודאות והיציבות המשפטית, ויש בו כדי להעניק הגנה רחבה יותר לזכאות החוזית. יתר על כן, הצורך ליצור שוק אירופי משותף בין כל המדינות החברות בגוש האירו יכול אף הוא להוביל למסקנה כי יש לתת בידי רשויות המשפט במדינות החברות בגוש האירו כללים ברורים בקשר לתרופות בגין הפרת חוזה. מתן שיקול דעת לבתי המשפט בקשר לתרופות בגין הפרת

172 לדיון, ראו Reinhard Zimmermann, *Comparative Law and the Europeanization of Private Law*, in THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW 539 (Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann eds., 2006).

173 Ralf Michaels, *EU Law as Private International Law? Reconceptualizing the Country-of-Origin Principle as Vested-Rights Doctrine*, 2 J. PRIV. INT'L. L. 195, 238–242 (2006).

174 Ralf Michaels & Nils Jansen, *Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization*, 54 AM. J. COMP. L. 843, 861 (2006).

175 Nils Jansen & Reinhard Zimmermann, "A European Civil Code in All but Name": *Discussing the Nature and Purposes of the Draft Common Frame of Reference*, 69 CAMBRIDGE L. J. 98, 100–104 (2010).

176 Martin Schmidt-Kessel, *The Right to Specific Performance under the DCFR*, in THE COMMON FRAME OF REFERENCE: A VIEW FROM LAW AND ECONOMICS 74 (Gerhard Wagner ed., 2009).

לקראת התקרבות גלובלית של דיני אכיפת חוזה

חוזה כפי שנהוג באנגליה עלול לחתור תחת הוודאות והיציבות ההכרחיות כל כך לצורך כינון שוק מסחרי משותף.¹⁷⁷

הצעת חקיקה נוספת שפרסמה באוקטובר 2011 ה־Commission of the European Union היא ה־Common European Sales Law (CESL), אשר ביקש לקבוע דין אחיד בכל מדינות אירופה (לרבות אנגליה) בקשר לחוזה מכר מיטלטלין. באמצעות הנחת מסד נורמטיבי אחיד אשר יסדיר חליפין של מיטלטלין יהיה ניתן ליצור אינטגרציה טובה יותר של השווקים באירופה.¹⁷⁸ העיקרון הראשוני הקבוע ב־CESL הוא חובתו של המוכר להעביר לידי הקונה את הממכר לפי תיאורו בחוזה בין הצדדים ולהעביר את הבעלות בו לידי הקונה (סעיף 91). הן לקונה והן למוכר זכות ראשונית לתרופת האכיפה (פרקים 10–13). זכותו של הקונה לתרופת האכיפה עלולה להישלל במקרים האלה: קיום החוזה בידי המוכר אינו אפשרי; העלות שתוטל על המוכר, אם יידרש לבצע את החוזה, אינה פרופורציונלית לעומת התועלת שיפיק הקונה מקיום החוזה (סעיף 110(3)); כאשר הקונה גרם לכך שהמוכר לא יוכל לקיים את החוזה (סעיף 106(5)); כאשר קיימת מגבלה אשר אינה מאפשרת למוכר לקיים את החוזה ואשר אי אפשר היה לצפות אותה בעת כריתת החוזה (סעיף 88). על פי ה־CESL זכותו של הקונה לתרופת האכיפה כוללת גם את חובתו של המוכר לרפא אי־התאמה שנתגלתה בין המיטלטלין לקבוע בחוזה שבין הצדדים (סעיף 110(2)). ההסדרים שנקבעו בהצעת חקיקה זו מעניקים מעמד בכורה לזכותו של הקונה לדרוש כי המיטלטלין שיועברו לו יהיו תואמים את תיאורם בחוזה.¹⁷⁹

ביום 16 בדצמבר 2014 הציגה ה־Commission of the European Union את תכנית העבודה של הפרלמנט האירופי לשנת 2015. במסגרת זו החליטה הוועדה להסיר מסדר יומו של הפרלמנט האירופי את חקיקתו של ה־CESL בשל סדרי עדיפויות שונים.¹⁸⁰

נראה כי המגמה של האחדת מערכות הדינים בשוק האירופי יכולה להקל את המסחר בין מדינות החברות בשוק האירופי ובכך לצמצם את עלויות העסקה ולהגדיל את הרווחה המצרפית. נוסף על כך, מגמה זו יכולה לאפשר מיזוג והפריה הדדית בין תרבויות ומסורות שונות בשוק האירופי המשותף (diffusion of culture). בתהליכים אלה יש כדי לסלק את אי־הבהירות הקיימת בדינים הפרטניים של כל מדינה ומדינה בתחום המשפט הפרטי ולאפשר הבנה אחידה של הדין הנוהג.¹⁸¹

177 ראו Hayk Kupelyants, *Specific Performance in The Draft Common Frame of Reference*, 1 UCLJ. L. & JURIS. 15 (2012).

178 Simon Whittaker, *The Proposed "Common European Sales Law": Legal Framework and the Agreement of the Parties*, 75 MODERN L. REV. 578, 582–583 (2012). בשנת 2013, הקדיש כתב העת COMMON MARKET L. REV. גיליון מקיף לניתוח כלכלי־משפטי של הוראות CESL, ראו 1 THOMAS ACKERMANN, *Introductory Note*, 50 COMMON MARKET L. REV. 1 (2013). ראו גם Hector Lewis MacQueen, *The Europeanisation of Contract Law: The Proposes* (2013) *Common European Sales Law*, in COMMERCIAL CONTRACT LAW 529 (L. A. Dimatteo, S. Saintier & K. Rowley eds., 2013).

179 Hector L. MacQueen, Barbara Dauner-Lieb & Peter W. Tettinger, *Specific Performance and Right to Cure*, in THE COMMON EUROPEAN SALES LAW IN CONTEXT: INTERACTIONS WITH ENGLISH AND GERMAN LAW 613 (2013).

180 להרחבה בעניין, ראו הקישור הזה: <http://private-law-theory.org/?paged=4>.

181 Henry Merryman, *On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law*, 17 STANFORD JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 357 (1981).

עם זאת תהליכים אלו כרוכים בחשש כי בשם תכלית ההפשטה של הדין לא יינתן משקל מתאים לעושר ולפסיפס התרבותי של כל מדינה החברה בשוק האירופי המשותף. התפתחויות משפטיות מהעת האחרונה מלמדות כי חשש זה קנה לו אחיזה בקרב רבים מאזרחי יבשת אירופה. באנגליה הניח ה-*European Union Referendum Act 2015* את התשתית המשפטית לעריכתו של משאל עם בקשר להמשך החברות באיחוד האירופי (Brexit). ב-23 ביוני 2016 החליט העם הבריטי לפרוש מהאיחוד האירופי לאלתר. על מנת לפרוש מהחברות באיחוד האירופי צריכה ממשלת בריטניה להפעיל את סעיף 50 לאמנת ליסבון המעניקה תקופה של שנתיים על מנת להסדיר את תנאי העזיבה מהאיחוד האירופי. הכרעתו של העם האנגלי להיפרד מהאיחוד האירופי עלולה לשמש קו פרשת המים בכל הקשור למאמצי ההרמוניזציה של דיני החיובים באירופה.¹⁸² לאחרונה קבע בית המשפט לערעורים באנגליה כי לשם הפעלת סעיף 50 לאמנת ליסבון יש צורך בהחלטת פרלמנט המורה לעשות כן, ובעניין זה הממשלה אינה יכולה לפעול ללא הסמכה מפורשת של המחוקק. בית המשפט לערעורים הסביר כי אימוצו של *European Communities Act 1972* היה צעד מכונן של הפרלמנט הבריטי שתכליתו הייתה להביא לאימוץ דיני האיחוד האירופי במסגרת המשפט המדינית. לפיכך ספק אם כוונת המחוקק הייתה לאפשר ניתוק מהאיחוד האירופי בתוך כדי שימוש בכוחות הפרווגטיביים של הממשלה בלבד מבלי לקבל הסמכה מפורשת מצד המחוקק למהלך שכזה.¹⁸³ בחודש פברואר 2017 הצביע בית הנבחרים הבריטי ברוב מוחץ בעד הפעלת סעיף 50 לאמנת ליסבון ללא תיקונים או שינויים. ב-29 במרץ 2017 הפעילה ראשת ממשלת בריטניה את סעיף 50 לאמנת ליסבון ושיגרה מכתב רשמי בנדון לנשיא מועצת האיחוד האירופי.¹⁸⁴

החלטתו של העם האנגלי לפרוש מהאיחוד האירופי יכולה להדגיש את הביטוי הלאומי המיוחד של שיטת המשפט המקובל, המבקשת להתנתק מהניסיון ליצור הרמוניזציה של הדין באירופה. ארנסט גלנר (Ernest Gellner) טען בראשית שנות השמונים כי לאומיות היא ביטוי ליחידה פוליטית ומדינתית שתכליתה איחוד של שפה, תרבות ומשפט אחד בלבד.¹⁸⁵ במסגרת זו המשפט משמש ביטוי למאפיינים הייחודיים של התרבות הספציפית של המדינה ומכשיר ליצירת הומוגניות של החברה האזרחית. אף שקביעה זו יכולה להסביר את ההתנגדות להאחדה של הדין האירופי במאה התשע-עשרה ובעיצומה של המאה העשרים, ספק אם קביעה זו לבדה יש בה להסביר את התנגדותו של העם הבריטי למגמת ההאחדה של הדין.¹⁸⁶ ספרות מדעי המדינה מבקשת לקשור בין רצונם של אזרחי אירופה להמשיך במגמת ההאחדה של הדין לבין היתרונות הכלכליים והפסיכולוגיים שיצמחו להם

182 לתיאור ההשתלשלות הפוליטית אשר הובילה להחלטה והשלכותיה, ראו Paul P. Craig, *Brexit: A Drama in Six Acts*, 41 EUROPEAN L. REV. 447 (2016). לדיון במשמעויות המשפטיות של תוצאות משאל העם, ראו John Armour et al, *Legal Aspects of Withdrawal from the EU: A Briefing Note* (Oxford Legal Studies Research Paper No. 447/2016), available at www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2809285. להשלכות ה-Brexit על דיני חוזים באנגליה, ראו Catharine MacMillan, *The Impact of Brexit upon English Contract Law*, 27 KING'S L.J. 420 (2016).
 183 Miller and Dos Santos v. Secretary of State for Exiting the European Union, [2016] EWHC 2768.
 184 לדיווח, ראו הקישור הבא <http://www.bbc.com/news/uk-politics-39422353>.
 185 ERNEST GELLNER, NATIONS AND NATIONALISM 1 (1983).
 186 Jan M. Smits, *What Do Nationalists Maximise? A Public Choice Perspective on the (Non-) Europeanization of Private Law*, 8 EUROPEAN REVIEW OF CONTRACT LAW 296, 306–310 (2012).

לקראת התקרבות גלובלית של דיני אכיפת חוזה

ממגמת ההאחדה האמורה.¹⁸⁷ נמצא למשל כי קיימת קורלציה בין התמיכה בהמשך האחדה של הדין האירופי לבין קבלת מענקים ותקציבים מהאיחוד האירופי. כלומר, נראה שמדינה שמקבלת תמיכה רבה יותר מהאיחוד האירופי, אזרחיה יתמכו בשיעור גבוה יותר בהמשך חברות באיחוד האירופי.¹⁸⁸ עוד נמצא כי במדינות שבהן הסחר הפנים-אירופי הוא בשיעור הגבוה ביותר, אזרחי המדינה נוטים להביע תמיכה רבה יותר בהמשך החברות באיחוד האירופי. במסגרת זו נמצא כי מדינות כדוגמת אנגליה וצרפת, שבהן שיעור הסחר הפנים-אירופי הוא נמוך מזה שבגרמניה ובהולנד, שיעור התמיכה בחברות באיחוד האירופי הוא נמוך יותר במידה ניכרת.¹⁸⁹ פירוש הדבר הוא שאזרחי האיחוד האירופי נוטים לבצע תחשיב של עלות-תועלת כבואם להכריע אם לתמוך להמשך חברות באיחוד האירופי או להתנגד לו.¹⁹⁰

מגמת ההאחדה המוגבלת בהיקפה קיימת גם במישור הגלובלי. אמנת האומות המאוחדות על חוזי מכר בין-לאומיים (CISG) שנחתמה בווינה נכנסה לתוקפה ב-11 באפריל 1980. אמנה זו היא ביטוי לפשרה רעיונית בין מסורת המשפט האנגלי-אמריקני למסורת המשפט הקונטיננטלי.¹⁹¹ במקרים שבהם עמדת הדין האנגלי-אמריקני והדין הקונטיננטלי זהה, הרי שהאמנה מאמצת דין זה. לעומת זאת במקרים שבהם עמדותיהם של הדינים שונות אלה מאלה, הרי שפעמים מאמצת האמנה את עמדת הדין האנגלי-אמריקני ופעמים את עמדת הדין הקונטיננטלי. 83 מדינות מכל רחבי העולם אימצו את האמנה.¹⁹² אמנת האומות המאוחדות למכר בין-לאומי תורגמה לשש שפות רשמיות בלבד: ערבית, סינית, אנגלית, צרפתית, רוסית וספרדית. הוראות האמנה אומצו בישראל רשמית רק ביום 25 באוקטובר 1999 בחוק מכר (מכר טובין בין-לאומי), תש"ס-1999. סעיף 46 לחוק המכר טובין בין-לאומי מעגן את זכותו של הקונה לדרוש מהמוכר את קיום חיוביו על פי החוזה. סעיף זה קובע כי "הקונה זכאי לדרוש מהמוכר שיקיים את חיוביו, זולת אם נזקק הקונה לתרופה שאינה עולה בקנה אחד עם דרישה זו". עוד קובע סעיף 46 כי בהיעדר התאמה בין הטובין לבין החוזה, זכאי הקונה לדרוש מן המוכר לרפא את חוסר ההתאמה באמצעות תיקון, זולת אם אין הדבר סביר בהתחשב בנסיבות העניין. סימן ג' לחוק המכר הבין-לאומי קובע את תרופותיו של המוכר כאשר הקונה אינו מקיים את החוזה. סעיף 62 לחוק המכר הבין-לאומי קובע כי המוכר זכאי לדרוש מן הקונה לשלם את המחיר, ליטול את

Matthew Gable & Harvey D. Palmer, *Understanding Variation in Public Support for European Integration*, 27 EUROPEAN JOURNAL OF POLITICAL RESEARCH 3 (1995) 187

John Garry & James Tilley, *The Macroeconomics Factors Conditioning the Impact of Identity on Attitudes towards the EU*, 10 EUROPEAN UNION POLITICS 361 (2009) 188

שם, בעמ' 370. 189
Gable & Palmer, לעיל ה"ש 187. 190

לפרטים נוספים בעניין; ראו הקישור הזה: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html וכן: Alejandro M. Garro, *Reconciliation of Legal Traditions in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 23 INT'L LAW 443, 453 (1989) 191 ("[T]he Convention reflects more a blending of the two legal traditions rather than the prevalence of one over the other")

ראו הקישור הזה: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html 192

הנכס או לקיים חיובים אחרים העולים מהחוזה. חוק המכר טובין בין-לאומי קובע את זכותם של הקונה והמוכר כאחד לבטל את החוזה ולתבוע פיצויים בגין הפרתו.¹⁹³ אמנת האומות המאוחדות למכר בין-לאומי אומצה ביותר מ-80 מדינות, ותכליתה הייתה ליצור תשתית משפטית משותפת אשר תצמצם עלויות עסקה הכרוכות בסחר בין-יבשתי. על אף האימוץ הנרחב של הוראות האמנה קיים חשש כי תכלית האחדה של הדין הקונטיננטלי והדין האנגלי-אמריקני לא יצאה אל הפועל מכמה סיבות: ראשית, מונחים שונים באמנה זכו לפרשנות שונה לפי משמעות המונח בשפה שאליה תורגמה האמנה. יישום האמנה לפי השפה שאליה תורגמה עלול לסכל את מטרת האחדה של דיני המכר הבין-לאומי.¹⁹⁴ יתר על כן, מתברר כי בתי המשפט במדינות המשפט המקובל והקונטיננטל נתקלים בקשיים בכל הקשור לפרשנות הוראות האמנה. פרשנותם של בתי המשפט האלו להוראות האמנה מושפעת בעיקר ישירות מהבנתם שלהן את דיני המכר המדינתיים. יוצא אפוא כי האחדה של דיני המכר הבין-לאומיים עלולה להיות מסוכלת משום שפרשנות הוראות האמנה מושפעת ישירות מהידע המשפטי על דיני המכר המדינתיים;¹⁹⁵ שנית, מתדיינים רבים מעדיפים להחיל את דין המכר של מדינתם ולא את הדין הבין-לאומי הקבוע באמנה.¹⁹⁶ על אף ההסכמה הרחבה בנחיצותו של דין מכר בין-לאומי שיסדיר את המסחר בין מדינות, מחקרים אמפיריים שנערכו בשנים האחרונות מלמדים כי מתדיינים שונים אינם ערים כלל לתוכנו של דין המכר הבין-לאומי, או לחלופין מעדיפים להכפיף את החליפין שאותו הם מקיימים לדין מדינתם ולא לדין המכר הבין-לאומי.¹⁹⁷ ממצאים אלו עלולים לחתור תחת תכלית האחדה של שתי שיטות המשפט בכל הקשור לדין המסדיר את חוזה המכר הבין-לאומיים.

מהאמור לעיל עולה כי קיימות מגמות סותרות בכל הקשור לאחדה כללית של הדין בקונטיננטל עם הדין האנגלי-אמריקני באירופה ובעולם. אשר לאירופה, תכליתו של איחוד דיני המשפט הפרטי הייתה יצירת שוק אירופי משותף העשוי לתרום לצמצום עלויות עסקה הכרוכות במסחר פנים-יבשתי. מטרת ההרמוניזציה של המשפט הפרטי באירופה היא להקל מעבר חופשי של סחורה ושירותים בין מדינות החברות באיחוד האירופי. מנגד, חשוב להדגיש כי מגמה זו נתקלה לאחורונה בקשיים עם התנגדות העם האנגלי להמשך חברות באיחוד האירופי. אף שטיעון בדבר חשיבות התרבות הלאומית הייחודית יכול להסביר חלקית את ההתנגדות להמשך חברות באיחוד האירופי, מחקרים אמפיריים מלמדים כי ההתנגדות לחברות באיחוד האירופי נובעת בעיקרה מתחשיבי עלות-תועלת. ככל שאזרחי מדינה

193 ראו ס' 74–76 לחוק המכר טובין בין-לאומי.

194 Claire M. Germain, *CISG Translation Issues: Reducing Legbelism*, in INTERNATIONAL SALES LAW: THE GLOBAL CHALLENGE 51 (Larry DiMatteo ed., 2014) (“words used in one language may have a different meaning from the ones in another language, even though the CISG drafters aimed to create a neutral, independent legal language”).

195 Larry A. DiMatteo, *Harmonization of International Sales Law*, in COMMERCIAL CONTRACT LAW: TRANSATLANTIC PERSPECTIVE 559, 565–566 (Larry A. DiMatteo, Qi Zhou, Severine Saintier & Keith Rowley eds., 2014).

196 Ingeborg Schwenzer & Pascal Hachem, *The CISG – Successes and Pitfalls*, 57 AM. J. COMP. L. 457 (2009).

197 Martin F. Koehler & Guo Yujun, *The Acceptance of the Unified Sales Law (CISG) in Different Legal Systems*, 20 PACE INT'L L. REV. 45 (2008).

לקראת התקרבות גלובלית של דיני אכיפת חוזה

מסוימת יפיקו תועלת רבה יותר מהמשך חברות באיחוד האירופי, כך ההתנגדות להמשך החברות באיחוד האירופי (בין היתר בשל החשיבות שבשימור התרבות הלאומית הייחודית) תקטן (וכן ההפך). אשר למישור הגלובלי, אמנת האומות המאוחדות על חוזה מכר בין-לאומיים היא ביטוי למגמת ההאחדה של הדין בקונטיננט והדין האנגלי-אמריקני. עם זאת כאמור לעיל, מחקרים אמפיריים שונים מלמדים כי מגמת ההאחדה האמורה לא נחלה הצלחה מרובה במישור המעשי.

סיכום

מאמר זה מניח לראשונה תשתית עיונית רחבה לטענה שנטענה באורח אגבי בספרות שלפיה קיימת מגמת התקרבות בין שיטת המשפט הקונטיננטלית לשיטת המשפט האנגלי-אמריקנית בכל הקשור למעמדו של סעד האכיפה.¹⁹⁸ מאמר זה הראה שסעד האכיפה נפסק בשתי שיטות המשפט לעתים קרובות ובעיקר בחוזה מכר מקרקעין ובחוזה מכר מיטלטלין. לפיכך כל שיטות המשפט החשובות צועדות לעבר עיגונו של סעד האכיפה כסעד ראשוני בגין הפרת חוזה. לצד זאת עמד מאמר זה על כך שמגמת ההאחדה האמורה עלולה להתקל בקשיים פרקטיים הנעוצים בהדגשת הייחודיות הלאומית כפועל יוצא של תחשיבי עלות-תועלת. מגמת התקרבות זו, המעלה על נס את ראשוניותו של סעד האכיפה בדין הקיים, מתיישבת יפה עם מפעלה המחקרי של פרופ' גבריאלה שלו בקשר למעמדו של סעד האכיפה וחשיבותו בביצור חופש החוזים בדין הישראלי. כך למשל כותבת פרופ' גבריאלה שלו על הקשר הגורדי שבין מעמדו הראשוני של סעד האכיפה ובין ההגנה על חופש החוזים. לדבריה: "... גזרה נכבדה של דין החוזים, היא הגזרה של יצירת החוזה, מתבארת במשפטנו המודרני על פי עקרון חופש החוזים. הוא הדין לגבי גזרה חשובה לא פחות, תחום האכיפה. תחום זה מוסדר במשפטנו בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970. בחוק זה הוכרה בעליל אכיפתן של עסקאות חוזיות ותרופת האכיפה הועלתה למדרגה של התרופה העיקרית בגין הפרת חוזה. בכך ניתנה גושפנקא לחופש החוזים במובנו התפקודי, לאמור: הכוח שניתן לצדדים ליצור, באמצעות החוזה, דין מחייב לעצמם" (ההדגשה הוספה – ל.י.א).¹⁹⁹ אחתום אפוא מאמר זה בהערכה רבה ובהכרת תודה למפעלה המחקרי העשיר של פרופ' גבריאלה שלו בתחום דיני החוזים והתרופות, ואחל לה עוד שנים רבות של הוראה ומחקר פוריים.

198, TREITEL, לעיל ה"ש 22.

199 גבריאלה שלו "מה נותר מחופש החוזים" משפטים יז 465, 469-470 (תשמ"ח).